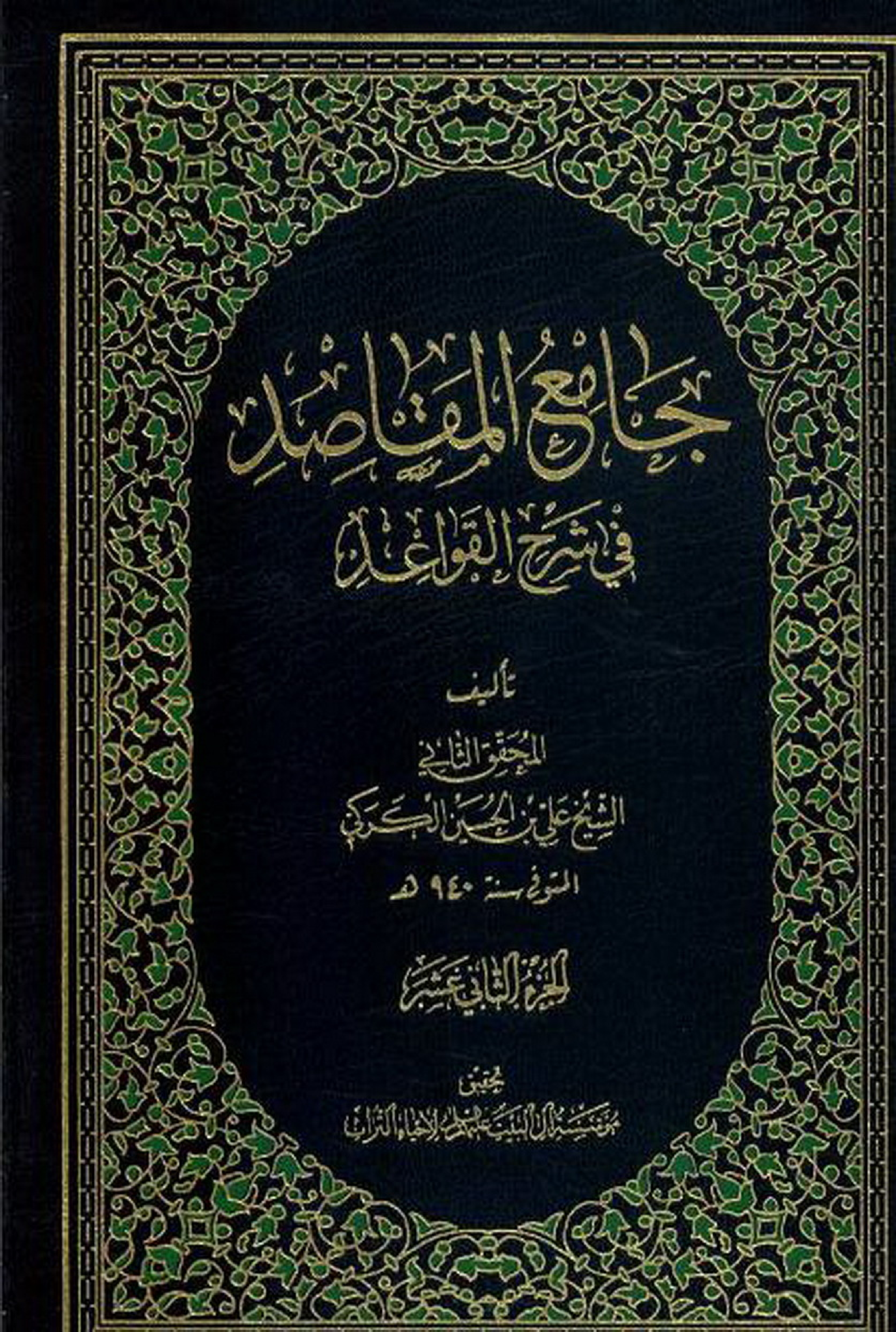

جامع المقاصد
في شرح القواعد
تأليف
المحقق الثاني
الشيخ علي بن الحسين الكركي
المتوفى سنة ٩٤٠ هـ
الجزء الثاني عشر
تحقيق
مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث



جامع المقاصد

في شرح القواعد


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی



في شرح القواعد

تأليف

المحقق الثاني

الشيخ علي بن الحسين الكركي

المتوفى سنة ٩٤٠ هـ

الجزء الثاني عشر

تحقيق

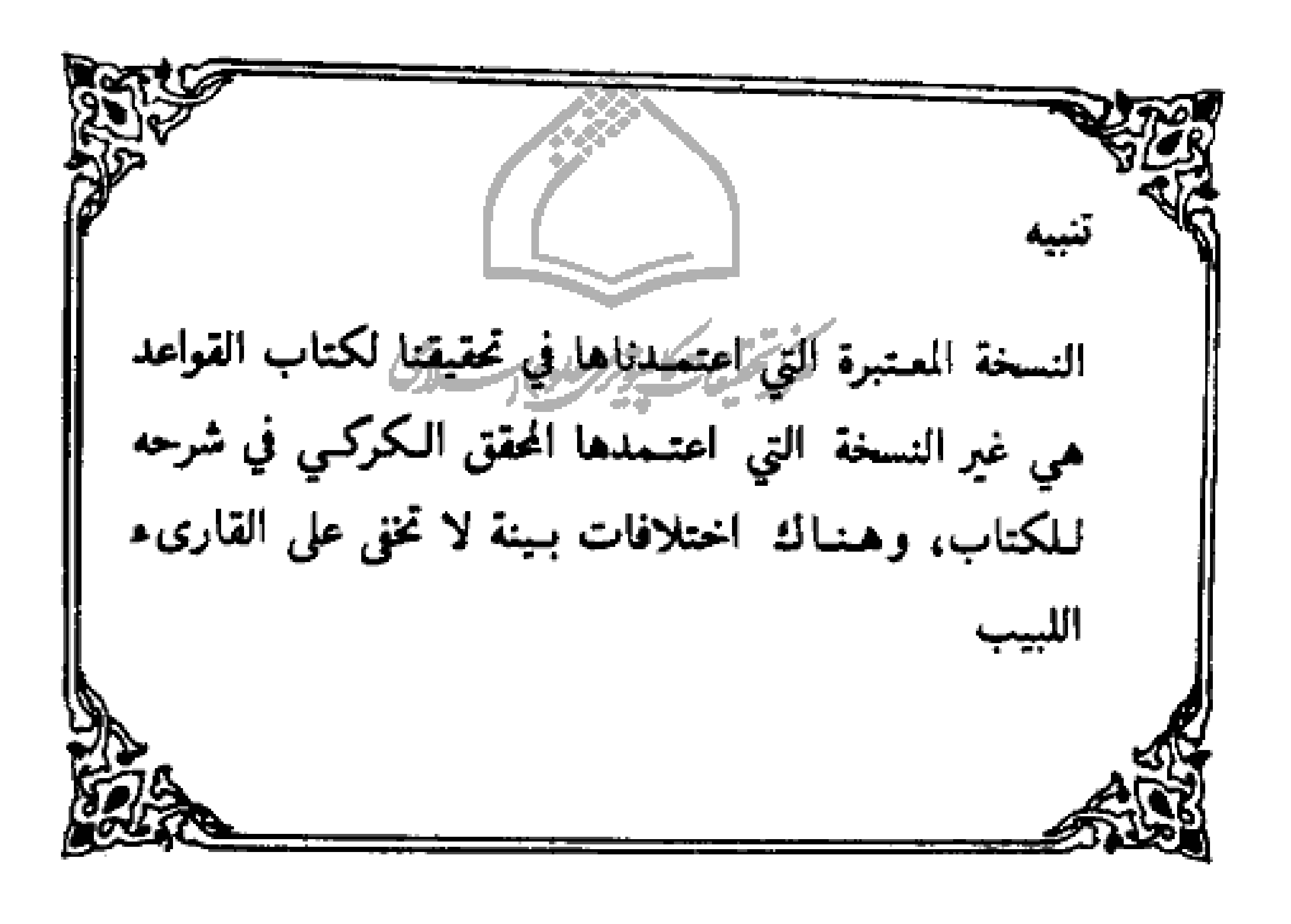
مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث

الطبعة الثانية
١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م

مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث

بيروت - لبنان - ص ب ٢٤/٣٤ - تلفاكس ٥٤١٤٣١ - هاتف ٥٤٤٨٠٥
E-mail:alalbayt@inco.com.lb


بسم الله الرحمن الرحيم



تنبيه

النسخة المعتبرة التي اعتمدناها في تحقيقنا لكتاب القواعد هي غير النسخة التي اعتمدها المحقق الكركي في شرحه للكتاب، وهناك اختلافات بينة لا تخفى على القارئ اللبيب

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح:

بسم الله الرحمن الرحيم[1]

الحمد لله، والصلاة على رسوله محمد وآله الطاهرين.

قوله: (كتاب النكاح).

مقتضى كلام أهل اللغة أن استعمال لفظ النكاح في الوطء أغلب، قال في الصحاح: النكاح الوطء وقد يقال العقد[2]، والشائع شرعاً هو الثاني، حتى صرح بعضهم بأن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء[3]، وقد يستدل له بأن استعمال النكاح في العقد في كلام الله تعالى أكثر، بل قيل: لم يرد في الكتاب العزيز لفظ النكاح بمعنى الوطء خاصة، إلاّ في قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾[4] وأغلبية الاستعمال تشعر بالحقيقة، وربما قيل: بأنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد، استصحاباً للوضع اللغوي، إذ الأصل عدم النقل، وقيل: بأنه مشترك بينهما، لاسعماله فيهما، ولظاهر قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾[5] فانه يتناول المعقود

---

(١) في «ش»: رب سهل ويسر، وفي «ض»: وبه نستعين.

(٢) االصحاح ١: ٤١٣ مادة (نكح).

(٣) قاله الراغب في المفردات: ٥٠٥ مادة (نكح).

(٤) البقرة: ٢٣٠.

(٥) النساء: ٢٢.

وفيه أبواب:

الأول: في المقدمات، وهي سبعة مباحث:

أ: النكاح مستحب، ويتأكد في القادر مع شدة طلبه.

وقد يجب إذا خشي الوقوع في الزنا، سواء الرجل والمرأة.

والأقرب أنه أفضل من التخلي للعبادة لمن لم تتق نفسه إليه.

عليها والمنكوحة بالملك، ويردّه: أن الاشتراك على خلاف الأصل، والمجاز خير منه، ولو أُريد المعنيان في الآية، فلا بد من كونه مجازاً، لأن المشترك لا يستعمل في المعنيين إلّا مجازاً على الأصح، وحينئذ فلا أرجحية للاشتراك على استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه.

قوله: (وفيه أبواب: الأول في المقدمات، وهي سبعة مباحث).

أراد: مقدمات البحث المقصود في النكاح.

قوله: (أ: النكاح مستحب، ويتأكد في القادر مع شدّة طلبه، وقد يجب إذا خشي الوقوع في الزنا، سواء الرجل والمرأة، والأقرب أنه أفضل من التخلّي للعبادة لمن يثق من نفسه).

هنا بحثان:

الأول: في بيان حكم النكاح،هل هو مستحب مطلقاً، أم لمن تاقت نفسه إليه أي: اشتاقت؟ الأصح الأول، لكثرة النصوص الدالة على طلبه:

مثل قوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾[1] وقوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾[2].

---

(١) النساء: ٣.

(٢) النور: ٣٢.

. . . .

وقول النبيّ صلّى الله عليه وآله: «النكاح سنتي، فمن رغب عن سنتي فليس مني»[١].

وقوله عليه السلام: «أكثر أهل النار العزاب»[٢].

وقوله عليه السلام: «أراذل موتاكم العزاب»[٣].

وقوله عليه السلام: «من أحبّ فطرتي فليستنّ بسنتي، ألا وهي النكاح»[٤].

وقوله عليه السلام: «تزوّجوا فإنّي مكاثر بكم الأُمم غداً يوم القيامة»[٥].

وقوله عليه السلام: «من تزوج أحرز نصف دينه، فليتق الله في النصف الآخر»[٦].

وقوله عليه السلام: «الركعتان يصليهما متزوج، أفضل من رجل عزب يقوم ليله ويصوم نهاره»[٧] وغير ذلك من الأحاديث الكثيرة.

ولأن في النكاح تكثير النسل وبقاء النوع الانساني، وربما أثمر ولداً ولياً صالحاً، وفيه دفع وسوسة الشيطان، والخلاص من شر الوحدة، والاستعانة بالزوجة الصالحة على أمور الدين.

ولا فرق في ذلك كلّه بين من تاقت نفسه إليه وغيره، ولا بين الرجل والمرأة.

---

(١) صحيح البخاري ٧:٢، صحيح مسلم ٢: ١٠٢٠ حديث ١٤٠١، سنن النسائي ٦: ٦٠، سنن ابن ماجة ١:٥٩٢، سنن البيهقي ٧:٧٧، جامع الاخبار: ١١٨، وغيرها.

(٢) الفقيه ٣: ٢٤٢ حديث ١١٤٩.

(٣) الكافي ٤: ٣٢٩ حديث ٣، الفقيه ٣: ٢٤٢ حديث ١١٤٨، التهذيب ٧: ٢٣٩ حديث ١٩٤٥.

(٤) الكافي ٥: ٤٩٦ حديث ٦، الجعفريات: ٨٩، نوادر الراوندي: ٣٥، الجامع الصغير ٢: ٥٥٣، وغيرها.

(٥) الفقيه ٣: ٢٤٢ حديث ١١٤٤.

(٦) الكافي ٥: ٣٢٨ حديث ٢، الفقيه ٣: ٢٤١ حديث ١١٤١ و١١٤٢، امالي الطوسي ٢:١٣٢، جامع الاخبار: ١١٨، وغيرها.

(٧) الكافي ٥: ٣٢٩ حديث ٦.

. . . .

ولا بين القادر على أُهبة النكاح وغيره.

وقال الشيخ: المستحب لمن لا يشتهي النكاح أن لا يتزوج، لقوله تعالى عن يحيى﴿وسيداً وحصوراً﴾[1] مدحه على كونه حصوراً، وهو: الذي لا يشتهي النساء، وقال قوم: هو الذي يمكنه أن يأتي النساء ولا يفعله[2].

ولأن في النكاح تعريضاً لتحمّل حقوق الزوجة، والاشتغال عن كثير من المقاصد المهمّة الدينية، وحصول الولد الصالح والزوجة الصالحة غير معلوم، وللذم المتبادر من قوله تعالى: ﴿زيّن للناس حبّ الشهوات من النساء والبنين﴾[3].

وجوابه: إن مدح يحيى بذلك لعله لكونه كذلك في شرعه، وشرعهم ليس شرعاً لنا، على أنه ربما كان مكلّفاً بالسياحة وارشاد أهل زمانه في بلادهم، والنكاح ينافي ذلك، وتحمل الحقوق يزيد في الاجر، لأنه حينئذ من لوازم الطاعة ومقتضياتها.

ويكفي لأفضلية النكاح كونه مظنّة الولد الصالح والقرين الصالح، والذم في الآية الأخيرة ـ على إرادة النكاح لمحض الشهوة البهيمية، من دون إرادة الطاعة، وكسر سورة الشهوة، واكتساب الولد الصالح ـ لا ينافي المدّعىٰ. ولا يخفى أن النكاح قد يجب، إذا خشي المكلف الوقوع في الزنا بدونه، ولو أمكن التسري فهو أحد الواجبين على التخيير، وقد يحرم إذا أفضى إلى الاخلال بواجب كالحج.

وذهب ابن حمزة إلى أنه إذا اجتمعت القدرة على النكاح والشهوة، استحب للرجل والمرأة، وإن فقدا معاً كره، وإن افترقا لم يكره ولم يستحب[4].

---

(١) آل عمران: ٣٩.

(٢) المبسوط ٤: ١٦٠.

(٣) آل عمران: ١٤.

(٤) الوسيلة: ٣٣٩.

وينبغي أن يتخيّر الولود، البكر العفيفة، الكريمة الأصل.

الثاني: على القول بأن النكاح مستحب، فهل هو أفضل من التخلي للعبادة أم لا؟ فيه قولان، أصحهما ـ واختاره المصنف ـ الأول، لعموم الأوامر بفعله،مع التأكيدات البليغة.

مثل قوله تعالى: **﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله﴾**[1].

وقول الصادق عليه السلام: «ركعتان يصليهما متزوج أفضل من سبعين ركعة يصليها أعزب»[2]. والحديث المذكور أولاً.

وما روي عن أبي عبد الله عليه السلام عن آبائه، قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: «ما استفاد امرؤ فائدة بعد الاسلام أفضل من زوجة مسلمة، تسرّه إذا نظر إليها، وتطيعه إذا أمرها، وتحفظه إذا غاب عنها في نفسها وماله»[3].

ولأن النكاح من مقدمات العبادة ومكمّلاتها[4] فهو بالنسبة إليها أصل، مع أنه عبادة في نفسه.

ويحتمل العدم، لما يتضمن من القواطع والشواغل وتحمّل الحقوق. وجوابه: أن زيادة المشقة أحرى بزيادة الأجر.

قوله: (وينبغي ان يتخيّر الولود البكر العفيفة الكريمة الأصل).

المراد: أنه يستحب ذلك.

روى الصدوق عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام، قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: «أفضل نساء أمتي أصبحهنّ وجهاً وأقلهنّ

---

(١) النور: ٣٢.

(٢) الكافي ٥: ٣٢٨ حديث ١، الفقيه ٣: ٢٤٢ حديث ١١٤٦، التهذيب ٧: ٢٣٩ حديث ١٠٤٤.

(٣) الكافي ٥: ٣٢٧ حديث ١، الفقيه ٣: ٢٤٦ حديث ١١٦٨، التهذيب ٧: ٢٤٠ حديث ١٠٤٧.

(٤) في «ض»: من مكملات العبادة ومقدماتها.

. . . .

مهراً»[١].

وقال الصادق عليه السلام: «من بركة المرأة خفّة مؤنتها وتيسير ولادتها، ومن شؤمها شدّة مؤنتها وتعسير ولادتها»[٢].

وقال امير المؤمنين عليه السلام: «تزوج[٣] سمراء عيناء عجزاء مربوعة، فان كرهتها فعليّ الصداق»[٤].

وقال رسول الله صلّى الله عليه وآله: «ألا أُخبركم بخير نسائكم؟ قالوا: بلى يارسول الله فأخبرنا، قال: إن من خير نسائكم الولود، الودود، الستيرة، العفيفة، العزيزة في أهلها، الذليلة المتبرجة مع بعلها، الحصان مع غيره، التي تسمع قوله وتطيع أمره، وإذا خلا بها تبذّلت له ما أراد منها، ولم تبذل له تبذّل الرجل.

ألا أُخبركم بشرّ نسائكم؟ قالوا: بلى يا رسول الله فأخبرنا، قال: من شر نسائكم الذليلة في أهلها، العزيزة مع بعلها، العقيم، الحقود، التي لا تتورع عن قبيح، المتبرجة إذا غاب زوجها عنها، الحصان معه إذا حضر، التي لاتسمع قوله ولا تطيع أمره، فاذا خلا بها تمنّعت تمنّع الصعبة عند ركوبها، ولا تقبل له عذراً، ولا تغفر له ذنباً»[٥] الحديث.

وقال عليه السلام: «إيّاكم وخضراء الدِّمَن، قيل: يا رسول الله وما خَضراء الدمن؟ قال: المرأة الحسناء في منبت السوء»[٦].

---

(١) الفقيه ٣: ٢٤٣ حديث ١١٥٦.

(٢) الفقيه ٣: ٢٤٥ حديث ١١٥٩، التهذيب ٧: ٣٩٩ حديث ١٥٩٤.

(٣) في «ض» والكافي: تزوجوا، والمثبت من «ش» والفقيه.

(٤) الكافي ٥: ٣٣٥ حديث ٢ و٨، الفقيه ٣: ٢٤٥ حديث ١١٦٢.

(٥) الكافي ٥: ٣٢٤ حديث ١، وفيه صدر الحديث، وص ٣٢٥ حديث ١، وفيه ذيل الحديث، الفقيه ٣: ٢٤٦ حديث ١١٦٧، وفيه صدر الحديث، التهذيب ٧: ٤٠٠ حديث ١٥٩٧.

(٦) الكافي ٥: ٣٣٢ حديث ٤، الفقيه ٣: ٢٤٨ حديث ١١٧٧، التهذيب ٧: ٤٠٣ حديث ١٦٠٨.

وصلاة ركعتين ، وسؤال الله تعالى أن يرزقه من النساء ، أعفهن فرجاً وأحفظهن له في نفسها وماله، وأوسعهن رزقاً، وأعظمهن بركة، وغيره من الأدعية والاشهاد، والاعلان،

وقال عليه السلام: «تزوّجوا الأبكار، فإنّهنّ أطيب شيء أفواهاً، وأدرّ شيء أخلافاً، وأحسن شيء أخلاقاً، وأفتح شيء أرحاماً»[١] ولأن البكر أحرى بالأُلفة وقبول ما تُعلّم.

واعلم: ان المراد بـ(الولود) ما من شأنها ذلك، بأن تكون في سنّ الولادة، والغالب على قراباتها ذلك، ولم تدلّ العلامات الظنية على عقمها.

قوله: (وصلاة ركعتين، وسؤال الله تعالى أن يرزقه من النساء: أعفهن فرجاً، وأحفظهنّ له في نفسها وماله، وأوسعهنّ رزقاً، وأعظمهنّ بركة، وغيره من الأدعية).

روي عن الصادق عليه السلام: «ان الرجل إذا همّ بالتزوج، فليصلّ ركعتين، وليحمد الله تعالى، ويقول: اللهم إني أُريد أن أتزوج، اللهم فقدّر لي من النساء أعفهنّ فرجاً، وأحفظهنّ لي في نفسها ومالي، وأوسعهنّ رزقاً، وأعظمهنّ بركة، وقدّر لي منها ولداً طيباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي وبعد موتي»[٢] وغير ذلك من الأدعية.

قوله: (والاشهاد والاعلان).

يستحب الاشهاد على النكاح الدائم والاعلان به وإظهاره، لأنه أنفى للتهمة وأبعد عن الخصومة، ولا يشترط ذلك في صحة العقد.

وشرط ابن أبي عقيل[٣] ـ في النكاح الدائم ـ الاشهاد، لأن في مكاتبة المهلب

---

(١) الكافي ٥:٣٣٤ حديث ١، التهذيب ٧:٤٠٠ حديث ١٥٩٨.

(٢) الكافي ٥: ٥٠١ حديث ٣، الفقيه ٣: ٢٤٩ حديث ١١٨٧.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٣٥.

والخطبة قبل العقد،

الدلال إلى ابي الحسن: «التزويج الدائم لا يكون إلّا بولّي وشاهدين»[١].

وهي مع ضعف سندها محمولة على الاستحباب، لما روي عن الباقر والصادق عليهما السلام، ان الاشهاد في النكاح لأجل الأرث والولد، وأنه لا بأس به فيما بينه وبين الله تعالى لو تزوج بغير شهود[٢].

قوله: (والخطبة قبل العقد).

الخطبة بالضم، هي ما اشتمل على: حمد الله تعالى، والثناء عليه، والشهادتين، والصلاة على النبي صلّى الله عليه وآله، والوعظ، والوصية بتقوى الله تعالى، كذا فسّرها في التذكرة[٣]، ومراده الخطبة الكاملة.

ولا ريب أنه يستحب فعلها أمام العقد، ولا تجب خلافاً لداود[٤]، وقد روي أن النبي صلّى الله عليه وآله خطب فقال:

«الحمـد لله، نحمـده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضلّ له ومن يضلله فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلّا الله، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً، واتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلّا وأنتم مسلمون، اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً، يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم، ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً»[٥].

---

(١) التهذيب ٧: ٢٥٥ حديث ١١٠١، الاستبصار ٣: ١٤٦ حديث ٥٢٩.

(٢) التهذيب ٧: ٢٤٨ حديث ١٠٧٦، وص ٢٤٩ حديث ١٠٧٧.

(٣) التذكرة ٢: ٥٧٠.

(٤) المجموع ١٦: ٢٠٧، المغني لابن قدامة ٧: ٤٣٣.

(٥) سنن الترمذي ٣: ٤١٣ حديث ١١٠٥، سنن ابن ماجة ١: ٦٠٩ حديث ١٨٩٢ و١٨٩٣، سنن البيهقي ٧: ١٤٦ ـ وفي هذه المصادر ذكر صدر الحديث فقط ـ سنن أبي داود ٢: ٢٣٩ حديث ٢١١٨، سنن الدارمي ٢: ١٤٢.

وايقاعه ليلاً.

ويكره والقمر في برج العقرب.

وذكر في التذكرة: أن الجواد عليه السلام لما تزوج بنت المأمون خطب فقال: «الحمد لله متم النعم برحمته، والهادي إلى شكره بمنّه، وصلى الله على خير خلقه الذي جمع فيه من الفضل ما فرقه في الرسل، وجعل ثوابه إلى من خصه بخلافته وسلم تسليماً، وهذا أمير المؤمنين زوجني ابنته على ما فرض الله عز وجل للمسلمات على المؤمنين[١] إمساك بمعروف أو تسريح باحسان، وبذلت لها من الصداق ما بذله رسول الله صلّى الله عليه وآله لأزواجه، وهو اثنا عشر اوقية ونش، على تمام الخمسمائة، وقد نحلتها من مالي مائة ألف، زوجتني يا أمير المؤمنين؟ قال: بلى، قال: قبلت ورضيت»[٢].

إذا عرفت ذلك فالنش عشرون درهماً، والاوقية أربعون، فبذلك تكمل الخمسمائة.

واعلم: أنه يكفي في الخطبة الحمد لله، روي عن الصادق عليه السلام، عن علي بن الحسين عليه السلام: «إذا حمد الله فقد خطب»[٣].

واعلم أيضاً أن المصنف ذكر في التذكرة: أن من خطب امرأة يستحب أن يقدّم بين يدي خطبته خطبة ويخطب الولي كذلك، ثم يقول: لست بمرغوب عنه أو مافي معناه، فيكون للنكاح خطبتان: إحداهما للخطبة ـ بكسر الخاء ـ وهي طلب المرأة، والأُخرى أمام العقد[٤]. ولا بأس به، إذ ليس فيه إلا زيادة الثناء على الله ورسوله.

قوله: (وايقاعه ليلاً، ويكره والقمر في برج العقرب).

أي: يستحب ايقاع العقد ليلاً.

---

(١) في «ش» و«ض»: المؤمن، والمثبت من المصدر وهو الانسب.

(٢) تذكره الفقهاء ٢: ٥٧١.

(٣) الكافي ٥: ٣٦٨ حديث ٢.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧١.

ب: يستحب عند الدخول صلاة ركعتين، والدعاء، وأمر المرأة بذلك، ووضع يده على ناصيتها والدعاء، وطهارتها، والدخول ليلاً، والتسمية عند الجماع، وسؤال الله تعالى الولد الصالح الذكر السوي،

روى العامة عن النبي صلّى الله عليه وآله أنه قال: «امسوا بالاملاك فانه أعظم للبركة»[١].

وقد روى الأصحاب عن الرضا عليه السلام: «من السنة التزويج بالليل، لأن الله عز وجل جعل الليل سكناً والنساء إنما هن سكن»[٢] ولأنه أقرب إلى مقصوده وأقل لانتظاره، حيث يكون الاملاك ليلة الدخول.

وقال بعض العامة: يستحب العقد يوم الجمعة لشرفه وكونه يوم عيد وفيه خلق الله تعالى آدم عليه السلام، وليس بشيء.

وأما كراهية التزويج والقمر في العقرب، فلما رواه الشيخ والصدوق باسنادهما عن الصادق عليه السلام، قال: «من تزوج والقمر في العقرب لم ير الحسنى»[٣]، والتزويج حقيقة في العقد.

قوله: (ب: يستحب عند الدخول صلاة ركعتين، والدعاء، وأمر المرأة بذلك، ووضع يده على ناصيتها والدعاء، وطهارتها، والدخول ليلاً، والتسمية عند الجماع، وسؤال الله تعالى الولد الصالح الذكر السوي) .

يستحب لمن أراد الدخول بزوجته أن يصلي ركعتين، ويدعو بعدهما بالمنقول، وأن يأمر أهل المرأة أن يأمروها عند انتقالها إليه بصلاة ركعتين أيضاًوالدعاء.

روى أبو بصير قال: سمعت رجلاً وهو يقول لأبي جعفر عليه السلام: جعلت

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٧: ٤٣٥.

(٢) الكافي ٥: ٣٦٦ حديث ١، التهذيب ٧: ٤١٨ حديث ١٦٧٥.

(٣) الفقيه ٣: ٢٥٠ حديث ١١٨٨، التهذيب ٧: ٤٠٧ حديث ١٦٢٨.

. . . .

فداك إني رجل قد أسننت،وقد تزوجت امرأة بكراً صغيرة، ولم أدخل بها، وأنا أخاف إذا دخلت على فراشي أن تكرهني، لخضابي وكبري. قال الباقر عليه السلام: «اذا دخلت عليك إن شاء الله، فمرهم قبل أن تصل إليك أن تكون متوضئة، ثم لا تصل إليها أنت حتىٰ تتوضأ وتصلّ ركعتين، ثم مرهم يأمروها أن تصلي أيضاً ركعتين، ثم تحمد الله وتصلّ على محمد وآله، ثم ادع الله ومر من معها أن يأمّنوا على دعائك، ثم ادع الله وقل: اللهم ارزقني الفها وودّها ورضاها بي وأرضني بها، واجمع بيننا بأحسن اجتماع، وآنس ائتلاف[1]، فانك تحب الحلال وتكره الحرام»[2] الحديث.

وتدعو بما تقدّم أيضاً، وليكونا على طهارة عند الدخول، لما يظهر من هذا الحديث.

ويستحب أن يكون الدخول ليلاً، محاذرة أن يحصل من الحياء ما يتعذر معه الجماع، ولقول الصادق عليه السلام: «زفوا عرائسكم ليلاً، وأطعموا ضحى»[3].

ويستحب أن يسمّي عند الجماع، قال الصادق عليه السلام: «إذا أتى أحدكم أهله فليذكر الله عند الجماع، فان لم يفعل وكان منه ولد، كان شرك شيطان، ويعرف ذلك بحبنا وبغضنا»[4].

ويستحب أن يسأل الله تعالى أن يرزقه ولداً ذكراً سوياً، لقول الصادق عليه السلام لبعض أصحابه: «إذا دخل عليك أهلك فخذ بناصيتها واستقبل بها القبلة، وقل: اللهم بأمانتك أخذتُها، وبكلماتك استحللتُ فرجها، فان قضيتَ لي ولداً، فاجعله

---

(١) في «ش» : وأنس وأئتلاف، وفي الكافي: وانفس ائتلاف.

(٢) الكافي ٥: ٥٠٠ حديث ١، التهذيب ٧: ٤٠٩ حديث ١٦٣٦.

(٣) الكافي ٥: ٣٦٦ حديث ٢، الفقيه ٣: ٢٥٤ حديث ١٢٠٣، التهذيب ٧: ٤١٨ حديث ١٦٧٦.

(٤) الفقيه ٣: ٢٥٦ حديث ١٢١٤.

والوليمة عند الزفاف يوماً أو يومين واستدعاء المؤمنين.

ولا يجب الاجابة، بل تستحب، وكذا الأكل وإن كان صائمًا ندباً.

مباركاً سوياً، ولا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيبا»[١].

وفي لفظ آخر: «فان قضيتَ في رحمها شيئاً، فاجعله مسلمًا سويا، ولا تجعله شرك شيطان»[٢].

قوله: (والوليمة عند الزفاف يوماً أو يومين، واستدعاء المؤمنين، ولا تجب الاجابة، بل تستحب [وكذا الأكل][٣] وإن كان صائمًا ندباً).

الوليمة هي: طعام العرس، قال ثعلب وغيره من أهل اللغة: إنه لا يقع على غيره، قال في التـذكـرة: وإنّما سمّي طعام العرس الوليمة، لاجتماع الزوجين، لأن الأصل في الوليمة اجتماع الشيء وتمامه[٤].

ويسمّى الطعام المتخذ عند الولادة: الخرس والخرسة، وعند الختان: العذيرة ويسمّى الاعذار، وعند احداث البناء: الوكيرة، يقال: وكّر وخرّس بالتشديد، وعند قدوم الغائب: النقيعة، يقال: نقع بالتخفيف، والذبح عند حلق رأس المولود في اليوم السابع: العقيقة، وعند حذاق الصبي: الحَذاق بفتح أوله، وكسره: تعلّم الصبي القرآن أو العمل، والمأدبة: اسم لما يتخذ من غير سبب.

وزفاف العروس إلى زوجها بكسر أوله: اهداؤها اليه.

ولا خلاف عندنا في استحباب الوليمة، وللشافعية في استحبابها أو وجوبها

---

(١) الكافي ٥: ٥٠٠ حديث ٢.

(٢) الكافي ٥: ١ ، حديث ٣.

(٣) ما بين المعقوفتين لم يرد في (ش) و(ض) واثبتناه من خطية القواعد المعتمدة، لشرح المصنف له، وبه يتم سياق العبارة.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٨.

. . . .

قولان[١].

وليكن ذلك يوماً أو يومين، قال الباقر عليه السلام: «الوليمة يوم ويومان مكرمة، وثلاثة أيام رياء وسمعة»[٢].

ووقتها هل هو قبل الدخول،أم بعده؟لم أجد به تصريحاً،وروى السكوني عن الصادق عليه السلام قال: «زفّوا عرائسكم ليلاً، وأطعموا ضحى»[٣] وظاهر هذه أنه بعد الدخول. وفي رواية الوشا عن الرضا عليه السلام قال: «إن النجاشي لمّا خطب لرسول الله صلّى الله عليه وآله آمنة بنت أبي سفيان فزّوجه، دعا بطعام وقال: إن من سنن المرسلين الاطعام عند التزويج»[٤] وظاهر هذا أنه بعد العقد. ورواية هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن رسول الله صلّى الله عليه وآله حين تزوج ميمونة بنت الحارث أولم عليها وأطعم الناس الحيس»[٥] وهذه محتملة، ولعل الكل جائز.

ولا تجب الاجابة إلى الدعوة إلى وليمة العرس عند علمائنا أجمع،بل تستحب، وهو أشهر قولي الشافعي[٦]، بناء على استحباب الوليمة، وعلى الوجوب تجب الاجابة عنده قطعاً.

ويستحب الأكل وإن كان صائماً ندباً، وقوّى في التذكرة استحباب اتمام الصوم

---

(١) انظر: كفاية الأخيار ٢: ٤٢.

(٢) الكافي ٥: ٣٦٨ حديث ٣ ، التهذيب ٧: ٤٠٩ حديث ١٦٣١.

(٣) الكافي ٥: ٣٦٦ حديث ٤، الفقيه ٣: ٢٥٤ حديث ١٢٠٣، التهذيب ٧: ٤١٨ حديث ١٦٧٦.

(٤) الكافي ٥: ٣٦٧ حديث ١، التهذيب ٧: ٤٠٩ حديث ١٦٣٣.

(٥) الكافي ٥: ٣٦٨ حديث ٢، التهذيب ٧: ٤٠٩ حديث ١٦٣٢. والحَيْس المذكور في الرواية هو: تمر يخلط بسمن واقط فيعجن شديداً ثم يندر منه نواه وربما جعل فيه سويق. القاموس ٢: ٢٠٩ حيس.

(٦) انظر: الوجيز ٢: ٣٦، كفاية الاخيار ٢: ٤٣.

ويجوز أكل نثار العرس لا أخذه إلّا باذن أربابه نطقاً أو بشاهد الحال، ويملك حينئذ بالأخذ على اشكال.

إن لم يشق على صاحب الدعوة[1]، والظاهر الاستحباب مطلقاً، لرواية داود الرقي عن أبي عبد الله عليه السلام: «لإفطارك في منزل أخيك أفضل من صيامك سبعين ضعفاً أو تسعين ضعفاً»[2] وصحيحة جميل بن دراج عنه عليه السلام قال: «من دخل على أخيه وهو صائم فأفطر عنده ولم يعلم بصومه فيمنّ عليه، كتب الله له صوم سنة»[3].

ولو كان الصوم واجباً معيناً لم يجز الافطار، أو غير معيّن كالنذر المطلق والقضاء الموسع قبل الزوال، فعدم الخروج منه أولى، لأن ذمته مشغولة، وقد يحصل له عائق عن إبراء ذمته وقضاء[4] ما عليه، وللشافعي وجه أنه لا يجوز الخروج منه، لأنه لا يجوز ابطال الواجب بعد الشروع فيه[5].

قوله: (ويجوز أكل نثار العرس لا أخذه إلّا باذن أربابه. نطقاً أو بشاهد الحال، ويملك حينئذ بالأخذ على إشكال).

يجوز نثر السكر والجوز واللوز والقَسْب[6] والتمر ونحو ذلك في الاملاكات، للأصل، وعند جمع من العامة أنه مكروه، لأنه يؤخذ باختلاس وانتهاب، وقد يؤدى إلى الوحشة والعداوة، وقد يأخذه غير من يحب صاحب المنزل[7]، وللشافعية قول ثالث،

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٨٠.

(٢) الكافي ٤: ١٥١ حديث ٦.

(٣) الكافي ٤: ١٥٠ حديث ٣.

(٤) في «ش»: وتدارك.

(٥) انظر: كفاية الاخبار ٢:٤٤.

(٦) وهو: تمر يابس يتفتت في الفم صلب النواة. الصحاح ١: ٢٠١ قسب.

(٧) انظر: المجموع ١٦: ٣٩٥، المغني لابن قدامة ٨:١١٩.

وهو: الاستحباب[1]، ولا ريب أن الكراهة والاستحباب حكمان شرعيان، فيقفان على النقل.

إذا تقرر ذلك، فمتى نثر صاحب العرس أو غيره ممن يجوز فعله وعلم منه إباحة الانتهاب، جاز[2] أخذه انتهاباً وإن لم يكن ذلك لائقاً بذوي المروات، وإن علم منه الكراهة حرم، وإن جهل الأمران فاجتنابه أولى.

ويظهر من عبارة الكتاب أن بين الأكل والأخذ فرقاً، حيث حكم بجواز الأكل وأطلق، ولم يجوّز الأخذ إلّا إذا علم من أربابه الاذن فيه.

والظاهر أنه لا فرق بينهما، فمادام لايدل على الاذن في الأكل والأخذ دليل ـ مثل التصريح بهنطقاً، أو شهادة العادات المستمرة بالاذن ـ لم يجز واحد منهما، ومهما دل الدليل عليه لم يجز تجاوزه.

إذا عرفت ذلك، فاذا حصل الاذن في الأخذ نطقاً أو بشاهد الحال، وهو المراد بقوله: «ويملك حينئذ» فهل يملك المأخوذ بمجرد الأخذ؟ فيه إشكال، ينشأ: من أنه كان مملوكاً لأربابه، ولم يحصل سبب يقتضي نقل الملك، فيتمسك بأصالة البقاء.

ومن أن الاذن في الأخذ صيّره مباحاً، فيملك بالحيازة كسائر المباحات.

ويضعّف هذا: بأن مباح الأصل لا ملك لأحد فيه، فاثبات اليد عليه كاف في تملكه، بخلاف المملوك إذا أُبيح بالاذن فيه، فان ذلك لا يخرجه عن الملك ولا يزيل ملك المالك، ومجرد إثبات اليد ليس من الأسباب الناقلة للملك، فيبقى على ملك مالكه إلى أن يتلفه الآخذ، وهذا هو الأصح، واختاره المصنف في المختلف[3]، واختار في

---

(١) المجموع ١٦: ٣٩٦.

(٢) في «ض»: حل.

(٣) المختلف: ٥٣٤.

ج: يكـره الجماع في ليلة الخسوف، ويوم الكسوف، وعند الزوال، والغروب إلى ذهاب الشفق، وفي المحاق وفيما بين طلوع الفجر والشمس، وفي أول ليلة من كل شهر إلّا رمضان، وليلة النصف، وسفراً مع عدم الماء، وعند هبوب الريح السوداء أو الصفراء، والزلزلة، وعارياً،ومحتلماً قبل الغسل أو الوضوء،ـويجوز مجامعاً من غير تخلل غسل ـ ومع حضور ناظر إليه، والنظر إلى فرج المرأة مجامعاً، واستقبال القبلة واستدبارها، وفي السفينة، والكلام بغير ذكر الله.

التذكرة[1] الثاني، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[2].

قوله: (ج: يكره الجماع في ليلة الخسوف،ويوم الكسوف، وعند الزوال، والغروب إلى ذهاب الشفق، وفي المحاق، وفيما بين طلوع الفجر والشمس، وفي أول ليلة كلّ شهر ـ إلّا رمضان ـ وليلة النصف، وسفراً مع عدم الماء، وعنـد هبـوب الـريح السوداء والصفراء، وعارياً، ومحتلماً قبل الغسل أو الوضوء، ـ ويجوز مجامعاً من غير تخلل غسل ـ ومع حضور ناظر إليه، والنظر إلى فرج المرأة مجامعاً، واستقبال القبلة واستدبارها، وفي السفينة، والكلام بغير ذكر الله)[3].

روى الشيخ والصدوق باسنادهما إلى عمرو بن عثمان عن الباقر عليه السلام قال سألته أيكره الجماع في ساعة من الساعات؟ قال:«نعم يكره في ليلة ينكسف فيها القمر، واليوم الذي تنكسف فيه الشمس، وفيما بين غروب الشمس إلى أن يغيب

(١) التذكرة ٢: ٥٨١.

(٢) المبسوط ٤: ٣٢٣.

(٣) في «ض»: والكلام إلّا بذكر الله.

. . . .

الشفق، ومن طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، وفي الريح السوداء والحمراء والصفراء، والزلزلة. ولقد بات رسول الله صلّى الله عليه وآله عند بعض النساء، فانكسف القمر في تلك الليلة، فلم يكن منه شيء، فقالت له زوجته: يارسول الله بأبي أنت وأُمي أكلّ هذا للبغض؟ فقال: ويحك حدث هذا الحادث في السماء، فكرهت أن أتلذذوأدخل في شيء، ولقد عيّر الله تعالى قوماً فقال: ﴿وإن يروا كسفاً من السماء ساقطاً يقولوا سحاب مركوم﴾[1] وأيم الله لا يجامع أحد في هذه الساعات التي وصفت فيرزق من جُماعه ولداً وقد سمع بهذا الحديث فيرى ما يحب»[2].

وزاد الكليني: «ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس» و«اليوم والليلة التي يكون فيها الريح السوداء والصفراء والحمراء واليوم والليلة التي يكون فيها الزلزلة»[3].

وقال الصادق عليه السلام: «لا تجامع في أول الشهر ولا في وسطه ولا في آخره، فانه من فعل ذلك فليسلّم لسقط الولد، فان تمّ أوشكَ أن يكون مجنوناً، الا ترى أنّ المجنون أكثر ما يصرع في أول الشهر ووسطه وآخره»[4].

وعن الكاظم عليه السلام عن أبيه عن جده قال: «إن فيما أوصى به رسول الله صلّى الله عليه وآله علياً عليه السلام قال: يا علي لا تجامع أهلك في أول ليلة من الهلال ولا في ليلة النصف ولا في آخر ليلة، فانه يتخوّف على الولد من فعل الخبل،

---

(١) الطور: ٤٤.

(٢) الفقيه ٣: ٢٥٥ حديث ١٢٠٧، التهذيب ٧: ٤١١ حديث ١٦٤٢، علماً بأن في التهذيب: عن عمرو ابن عثمان عن أبي جعفر قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام.

(٣) الكافي ٥: ٤٩٨ حديث ١، علما بأن في الكافي:... وفي الليلة وفي اليوم اللذين يكون فيهما الريح السوداء والريح الحمراء والريح الصفراء واليوم والليلة اللذين يكون فيهما الزلزلة.

(٤) الفقيه ٣: ٢٥٥ حديث ١٢٠٨.

. . . .

فقال علي عليه السلام: ولم ذلك يارسول الله؟ قال إن الجن يكثرون غشيان نسائهم في أول ليلة من الهلال وليلة النصف وفي آخره، أما رأيت المجنون يصرع في أول الشهر وفي وسطه وفي آخره»[١].

وقال عليه السلام: «تكره الجنابة حين تصفر الشمس، وحين تطلع وهي صفراء»[٢].

وسأل محمد بن العيص الصادق عليه السلام فقال: أُجامع وأنا عريان؟ قال: «لا، ولاتستقبل القبلة ولا تستدبرها»[٣].

وقال عليه السلام: «لا تجامع في السفينة»[٤].

وقال رسول الله صلّى الله عليه وآله: «يكره أن يغشى الرجل المرأة وقد احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذي رأى، فان فعل ذلك وخرج الولد مجنوناً فلا يلومنّ إلّا نفسه»[٥] وتزول الكراهة بالغسل أو الوضوء.

ويجوز أن يكرر الجماع مرات من غير غسل يتخللها، لأن النبي صلى الله عليه وآله كان يطوف على نسائه ثم يغتسل أخيرا[٦].

وكان علي عليه السلام يستحب للرجل أن يأتي أهله أول ليلة من شهر رمضان، لقول الله عز وجل **﴿أحلّ لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم﴾**[٧]

---

(١) الكافي ٥: ٤٩٩ حديث ٣، التهذيب ٧: ٤١٣ حديث ١٦٤٤.

(٢) الفقيه ٣: ٢٥٥ حديث ١٢٠٩.

(٣) الفقيه ٣: ٢٥٥ حديث ١٢١٠، التهذيب ٧:٤١٢ حديث ١٦٤٦.

(٤) الفقيه ٣: ٢٥٥ حديث ١٢١١، التهذيب ٧:٤١٢ حديث ١٦٤٦.

(٥) الفقيه ٣: ٢٥٦ حديث ١٢١٢، التهذيب ٧: ٤١٢ حديث ١٦٤٦.

(٦) سنن البيهقي ٧: ١٩٢.

(٧) البقرة: ١٨٧.

والرفث: المجامعة[١].

وروى الكليني باسناده إلى الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: والذي نفسي بيده، لو أنّ رجلًا غشي امرأته وفي البيت مستيقظ يراهما ويسمع كلامهما ونفَسهما، ما أفلح أبداً إن كان غلاماً كان زانياً، أو كانت جارية كانت زانية»[٢] ولا يخفى ان هذا إنما يكون إذا كان الصبي أو الجارية مميزين.

ويكره الكلام بغيره ذكر الله تعالى، لقول الصادق عليه السلام: «اتقوا الكلام عند ملتقى الختانين، فانه يورث الخرس»[٣].

وفي وصية النبي لعلي صلوات الله عليهما: «يا علي لا تتكلم عند الجماع كثيراً، فانه إن قضي بينكما ولد لا يؤمن أن يكون أخرس، ولا تنظر إلى فرج امرأتك وغضّ بصرك عند الجماع، فان النظر إلى الفرج يورث العمى في الولد»[٤].

ويكره في السفر إذا لم يجد الماء، لما رواه اسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام، قال: قلت الرجل يكون معه أهله في السفر ولا يجد الماء أيأتي أهله؟ قال: «ما أحب أن يفعل ذلك، إلّا أن يخاف على نفسه»[٥].

وهل يكره في الحضر إذا لم يمكنه الغسل؟ يحتمل ذلك، نظراً إلى المشاركة في العلة، ولأن جمعاً من الأصحاب لا يجوّزون لمتعمّد الجنابة التيمم، إلّا إذا خاف على نفسه الهلاك، فيتيمم حينئذ ويقضي[٦].

---

(١) الفقيه ٣: ٣٠٣ حديث ١٤٥٥.

(٢) الكافي ٥: ٥٠٠ حديث ٢.

(٣) الكافي ٥: ٤٩٨ حديث ٧، التهذيب ٧: ٤١٣ حديث ١٦٥٣.

(٤) الفقيه ٣: ٣٥٩ حديث ١٧١٢.

(٥) التهذيب ٧: ٤١٨ حديث ١٦٧٧.

(٦) منهم الشيخ في المبسوط ١/ ٣٠.

د: يجوز النظر إلى وجه من يريد نكاحها وكفيها مكرراً، واليها قائمة

وفي وصية النبي صلّى الله عليه وآله لعلي عليه السلام: «لا تجامع أهلك إذا خرج إلى سفر مسيرة ثلاثة ايام بلياليهن»[١].

وأما المحاق مثلّث الميم، فهو: آخر الشهر، أو ثلاث ليال من آخره، أو أن يستتر القمر فلا يرى غدوة لاعشية، لأنه يطلع مع الشمس فتمحقه، ذكره في القاموس[٢].

وقد ذكر أن ليالي الشهر عشرة أسماء: غرر، ثم نفل، ثم تسع، ثم عشر، ثم بيض، ثم درع، ثم ظلم، ثم حنادس ، ثم دآديءُ واحدها دأداة يقصر ويمد، ثم المحاق. وتسمّى ليلة ثمانية وعشرين الدعجاء، وبعدها الدهماء، وليلة الثلاثين[٣] الليلاء.

وإنما كره الجماع في المحاق، للرواية عن الصادق عليه السلام[٤]، ولما روى عن الكاظم عليه السلام: «من تزوج في محاق الشهر فليسلّم لسقط الولد»[٥] وهذه ظاهرة في الوطء، فحينئذ يكره العقد أيضا في المحاق.

قوله: (د: يجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها وكفّيها مكرراً،

---

(١) الفقيه ٣: ٣٦٠ حديث ١٧١٢.

(٢) القاموس ٣: ٢٨٢ محق.

(٣) في «ض»: وبعدها.

(٤) الظاهر أن المراد من قوله: (للرواية عن الصادق) الرواية المتقدمة عن الصادق، حيث قال عليه السلام: «لا تجامع في أول الشهر ولا في وسطه ولا في اخره...» لأن أحد معاني المحاق هو آخر الشهر كما تقدم. ويحتمل أن يكون قد أشار بقوله: (للرواية عن الصادق) إلى ما ذكر في الفقيه ٣/٢٥٠ حديث ١١٨٩: «وروي أنه يكره التزويج في محاق الشهر». علماً بان في «ش»: للرواية عن الباقر عليه السلام، فتأمل.

(٥) الكافي ٥:٤٩٩ حديث ٢ ، الفقيه ٣:٢٥٤ حديث ١٢٠٦، التهذيب ٧:٤١١ حديث ٢. علماً بان في المصادر كلها: «من أتى أهله في محاق الشهر...».

وماشية وإن لم يستأذنها، وبالعكس. وروي إلى شعرها ومحاسنها وجسدها من فوق الثياب،

وإليها قائمة وماشية وإن لم يستأذنها، وبالعكس ، وروي إلى شعرها ومحاسنها وجسدها من فوق الثياب).

لاخلاف بين علماء الاسلام في أن من أراد نكاح امرأة يجوز له النظر إليها في الجملة، وقد رواه العامة[١] والخاصة[٢]، وهل يستحب؟ فيه وجهان، والنظر الوارد بلفظ الأمر عنه عليه السلام من رواية العامة، وليس فيها سنذكره إن شاء الله تعالى من الأخبار دلالة على الاستحباب[٣]. وإنما يجوز النظر مع إرادة النكاح، إذا كانت محلّلة خليّة من بعل ومن موانع النكاح كالعدة، لامتناع النكاح حينئذٍ، وأن تكون الاجابة ممكنة عادة.

ووقت النظر عند اجتماع هذه الشروط، لا عند الاذن في عقد النكاح، ولا عند ركون كلّ منهما إلى صاحبه، وهو وقت تحريم الخطبة على الخطبة، خلافاً لبعض العامة[٤].

وينبغي أن يكون قبل الخطبة، إذ لو كان بعدها وتركها لشقّ عليها وأوحشها.

ولو تعذر عليه النظر بعث امرأة تتأملها وتصفها له، فان النبي صلّى الله عليه وآله بعث أُم سليم إلى امرأة، فقال: انظري إلى عرقوبيها وشمّي معاطفها[٥].

---

(١) صحيح مسلم ٢: ١٠٤٠ حديث ١٤٢٤، سنن الترمذي ٣: ٣٩٧ حديث ١٠٨٧، سنن البيهقي ٧: ٨٤، مستدرك الحاكم النيسابوري ٢: ١٦٤ـ١٦٥.

(٢) الكافي ٥: ٣٦٥ حديث ١ـ٢ـ٣ـ٤، التهذيب ٧: ٤٣٥ حديث ١٧٣٤ـ١٧٣٥، وللزيادة راجع الوسائل ١٤: ٥٩ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه.

(٣) في «ض»: استحباب النظر.

(٤) كفاية الأخبار ٢:٢٩.

(٥) مسند احمد٣:٢٣١، وفيه: عن أنس أن: النبي صلى الله عليه وسلم أرسل أُم سليم تنظر الى جارية، ←

. . . .

اذا عرفت ذلك، فالذي يجوز النظر اليه هو الوجه والكفان من مفصل الزند ظهراً وبطناً، لأن المقصود من الرؤية يحصل بذلك، فيبقى النظر إلى ما سوى ذلك على عموم التحريم.

ومنع بعض العامة من النظر إلى الكفين[١]، وأضاف بعضهم إلى نظر الوجه والكفين القدمين وبعض الذراع[٢]، وبعضهم جوز النظر إلى ماعدا الفرج[٣].

وأشار بقوله: (وروي) إلى ما رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له الرجل يريد أن يتزوج المرأة فينظر إلى شعرها؟ قال: «نعم، إنما يريد أن يشتريها بأغلى الثمن»[٤].

وما رواه غياث بن ابراهيم عن جعفر عن علي عليه السلام أنه سئل عن رجل ينظر إلى محاسن امرأة يريد أن يتزوجها؟ قال: «لا بأس إنما هو مستام»[٥].

فمنصوص الأُولى النظر إلى الشعر، والثانية إلى المحاسن.

ولا ريب أن المحاسن هي مواضع الحسن والزينة، فان أُجريت على ظاهرها اقتضى جواز النظر إلى جميع مواضع الحسن من بدنها.

وهو بعيد مع قيام دلائل التحريم، فيحمل على جواز النظر إليها من فوق

← فقال: «شمي عوارضها وانظري الى عرقوبيها».

(١) انظر: المغني لابن قدامه ٧:٤٥٤.

(٢) المصدر السابق.

(٣) انظر: المجموع ١٦: ١٣٨.

(٤) الكافي ٥: ٣٦٥ حديث ٥، الفقيه ٣: ٢٦٠ حديث ١٢٣٩، التهذيب ٧: ٤٣٥ حديث ١٧٣٤.

(٥) التهذيب ٧: ٤٣٥ حديث ١٧٣٥.

والى أمة يريد شراءها وإلى شعرها ومحاسنها، دون العكس،

الثياب، وعليه تنزل عبارة الكتاب (ومحاسنها وجسدها من فوق الثياب) وعلى هذا فيناسب أن يكون: (وجسدها) حينئذٍ عطفاً تفسيرياً لقوله: (ومحاسنها).

نعم ما يلزم من رؤية الشعر رؤيته غالباً ـ كالاذنين والعنق ـ ينبغي القول بجواز النظر إليه، لاستدعاء إباحة النظر إلى الشعر إباحة. النظر إليه، ويلوح من عبارة التذكرة[١] أن المحاسن الوجه والكفان، حيث أن ذلك مجمع المحاسن، وهو خلاف الظاهر.

ويجـوز تكرار النظر إلى ذلك مرة بعد أُخرى، وإدامته، والنظر إليها قائمة وماشية وجالسة، لأن الغرض لا يتم إلا بذلك، ولاطلاق النصوص بالنظر، وهو يتناول ذلك، ولقوله عليه السلام: «إنما هو مستام»[٢]. ولا يشترط استئذانها في النظر ـ خلافاً لمالك[٣] ـ للعموم، بل لاينبغي،لأنها ربما زينت نفسها وأخفت عيبها، ففات مقصود النـظر. وكما يجوز [نظر الرجل إلى المرأة][٤] عند إرادة النكاح، فكذا العكس، لاشتراك مقصود النظر بينهما، ولأن المرأة ربما رأت من الرجل ما يدعوها إلى إجابته[٥].

قوله: (وإلى أمة يريد شراءها، وإلى شعرها ومحاسنها، دون العكس).

يجوز النظر إلى امة يريد شراءها قطعاً، لرواية أبي بصير، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يعترض الأمة ليشتريها؟ قال: «لا بأس بأن ينظر إلى محاسنها ويمسّها، مالم ينظر إلى مالا ينبغي له النظر إليـه»[٦].

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٢.

(٢) التهذيب ٧: ٤٣٥ حديث ١٧٣٥.

(٣) انظر: بلغة السالك ١: ٣٧٧.

(٤) ما بين المعقوفتين اثبتناه من النسخة الحجرية لجامع المقاصد، لاضطراب العبارة في «ش» و«ض».

(٥) في «ض»: ما يدعو لاجابته.

(٦) الفقيه ٤: ١٢ حديث ٩، التهذيب ٧: ٧٥ حديث ٣٢١.

. . . .

فظاهر الرواية عدم توقف حلّ النظر على تحليل المولى: وكذا يظهر من اطلاق عبارة الكتاب، والمراد بما لا ينبغي النظر اليه في الرواية هو: العورة، مع احتماله غير ذلك.

وصرح المصنف في التذكرة بجواز النظر إلى جسدها من فوق الثياب ومكشوفة، للحاجة إلى التطلع إليها، لئلّا يكون فيها عيب، فيحتاج إلى الاطلاع عليه[1]. وقال شيخنا الشهيد في الدروس: يجوز النظر إلى وجهها ومحاسنها، وهل يجوز إلى جسدها من تحت الثياب، بل وإلى العورة؟ نظر، أقربه مراعاة التحليل من المولى، وحكى رواية أبي بصير السالفة ولم يفْت بها[2]. ومختار الدروس أحوط، إلّا أن العمل بالرواية في النظر قويّ.

وهل يسوغ المس كما تضمنته؟لم أجد به تصريحاً، لكنه مما تدعو الحاجة اليه، والظاهر من عرض المالك الأمة على البيع إذنه في مقتضيات السوم، وهو: النظر واللمس، والاحتياط التوقف على تحليل المولى.

اما العكس، وهو: نظرها إلى ما لا يحل نظرها إليه، من حيث أنه أجنبي، فان مجرد إرادته شراؤها لا تجوّزه، إذ لا اختيار لها في الشراء ليكون النظر وسيلة إليه كما في النكاح، ولانتفاء المجوز شرعاً، بخلاف النكاح.

ويمكن أن يراد بالعكس: شراء المرأة للمملوك الذكر، فان النظر لا يجوز هاهنا من الجانبين، والمقابلة بينها وبين المسألة السابقة ثابتة، والتفسير الأول الصق بالمقام.

واعلم ان المصنف لم يتعرض هنا إلى النظر إلى أمة الغير إذا لم يرد شراءها،

---

(١) التذكرة ٢: ٥٧٣.

(٢) الدروس: ٣٤٦.

وإلى أهل الذمة وشعورهن إلّا للتلذذ أو ريبة، وأن ينظر الرجل إلى مثله إلّا العورة وإن كان شاباً حسن الصورة، إلّا لريبة أو تلذذ، وكذا المرأة.

وصرح في التذكرة بجواز النظر إلى وجهها وكفيها وشعرها إذا لم يكن النظر لريبة وتلذذ مع أمن الفتنة[١]. وهو قريب، لأن المملوكة شأنها التردد في المهمات.

فلو حرم النظر اليها مطلقاً لزم الحرج والمشقة، ولاطباق الناس في كل عصر على ذلك، لأن خروج الاماء مكشفات الوجوه أغلبيّ، ولم ينقل إنكار ذلك والمنع منه، ولو كان ذلك حراماً لأنكروه كغيره من المحرمات، وفي تعليل الشيخ في النهاية[٢] جواز النظر إلى أهل الذمة بأنهن بمنزلة الاماء ينبّه على ذلك.

قوله: (وإلى أهل الذمة وشعورهن، إلّا لتلذذ[٣] أو ريبة).

هذا قول المفيد[٤] والشيخ في النهاية[٥] وغيرهما[٦]، لأنهن بمنزلة الاماء، ولقول الصادق عليه السلام: «لا بأس بالنظر إلى نساء أهل تهامة والأعراب وأهل البوادي من أهل الذمة والعلوج، لأنهن إذا نهين لا ينتهين»[٧]. ومنع ابن ادريس[٨] من ذلك، تمسكاً بعموم دلائل تحريم النظر ـ ومع التلذذ فلا بحث في التحريم ـ والأول أقوى.

قوله: (وأن ينظر الرجل إلى مثله ـ إلّا العورة ـ وإن كان شاباً حسن الصورة، إلّا لريبة أو تلذذ، وكذا المرأة.

---

(١) التذكرة ٢: ٥٧٤.

(٢) النهاية: ٤٨٤.

(٣) في «ض» لا لتلذذ.

(٤) المقنعة: ٨٠.

(٥) النهاية: ٤٨٤.

(٦) وهو المحقق في الشرائع ٢/٢٦٩، وغيره.

(٧) الكافي ٥: ٥٢٤ حديث ١، الفقيه ٣: ٣٠٠ حديث ١٤٣٨.

(٨) السرائر: ٣٠٨.

والملك والنكاح يبيحان النظر إلى السوأتين من الجانبين على كراهية.

ويجوز النظر الى المحارم عدا العورة، وكذا المرأة.

ولا يحل النظر إلى الأجنبية إلّا لضرورة كالشهادة عليها، ويجوز إلى وجهها وكفيها مرة لا أزيد، وكذا المرأة.

وللطبيب النظر إلى ما يحتاج إليه للعلاج حتى العورة، وكذا لشاهد الزنا النظر إلى الفرج لتحمل الشهادة عليه.

وليس للخصي النظر إلى المالكة ولا الأجنبية، ولا للأعمى سماع صوت الأجنبية، ولا للمرأة النظر إليه، وللصبي النظر إلى الاجنبية.

والملك والنكاح يبيحان النظر إلى السوأتين من الجانبين على كراهية، ويجوز النظر إلى المحارم عدا العورة، وكذا المرأة، ولا يحل النظر الى الأجنبية إلّا لضرورة، كالشهادة عليها، ويجوز إلى وجهها وكفيها مرة لا أزيد، وكذا المرأة، وللطبيب النظر الى ما يحتاج إليه للعلاج، حتى العورة، وكذا لشاهد الزنا النظر إلى الفرج لتحمل الشهادة عليه، وليس للخصي النظر إلى المالكة ولا الأجنبية، ولا للأعمى سماع صوت الأجنبية، ولا للمرأة النظر إليه، وللصبي النظر إلى الأجنبية).

تحقيق الكلام في النظر أن نقول: الناظر والمنظور إليه إما أن يكونا ذكرين أو أُنثيين، أو الناظر ذكراً والمنظور إليه أنثى، أو بالعكس، وعلى التقديرين الأخيرين إما أن يكون بينهما نكاح أو ملك أو محرمية، أولا، وعلى التقدير الأخير إما أن يكون النظر محتاجاً إليه للعلاج وتحمل الشهادة على الزاني، أو مطلق تحمل الشهادة ومطلق الحاجة كالمعاملة، أولا، وعلى الأخير إما أن يكون الذكر ممسوحاً، أولا، وعلى الثاني إما أن يكون بالغاً، أو لا، والأُنثى إما أن تكون بالغة، أو لا، والبالغة إما أن تكون عجوزاً كبيرة، أولا، فهنا مباحث:

. . . .

أ: نظر الذكر إلى الذكر وهو جائز ماعدا العورة، وقد سبق تحقيقها في كتاب الصلاة، إلّا لحاجة تجوّز النظر المحرم، بشرط أن لا يكون هناك تلذذ وريبة،فيحرم معها على البالغ العاقل، ويناط التكليف بالولي مع عدمه.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون المنظور إليه شاباً أولا، حسن الصورة أولا، وقوّي المصنف في التذكرة[1] تحريم النظر إلى الأمرد مع خوف الفتنة، لوجوب التحرز عنها، ونقّحه بأن من أحس في نفسه بالفتنة حرم عليه بينه وبين الله تعالى إعادة النظر، ويجوز اللمس في هذا القسم كما يجوز النظر.

فرع: هل يحرم النظر إلى العورة في هذا القسم من وراء الثياب؟ الذي يفي بحكاية حجم العورة، بحيث يظهر معه شكل القضيب والأُنثيين، فيه احتمال.

ب: نظر الأُنثى إلى الأُنثى، والكلام في هذا القسم كالكلام في الذي قبله، وهل يفرق بين المسلمة والذمية؟ للشيخ[2] قول بأن الذمية لا تنظر إلى المسلمة، حتى الوجه والكفين، لقوله تعالى: ﴿أو نسائهن﴾[3] وليست الذمية منهن، على ما روي عن ابن عباس [4] والظاهر ان المراد بـ(نسائهن) على ما ذكره في الكشاف: من في خدمتهن من الحرائر والاماء[5]، وهو شامل للذمية، فلا يفرق، وهو الأصح.

ج: نظر الذكر إلى الأُنثى، فان لم تكن زوجة للناظر ولا مملوكة ولا محرماً له، فان كانت صبية صغيرة، ولم تبلغ مبلغاً تكون في مظنة الشهوة، يجوز النظر إليها، لانتفاء داعي الشهوة الذي هو مناط التحريم، وتجويز تغسيل الأجنبي بنت ثلاث سنين

---

(١) التذكرة ٢: ٥٧٣.

(٢) تفسير التبيان ٧: ٣٨٠.

(٣) النور: ٣١.

(٤) تفسير الكشاف ٣: ٦٢، التفسير الكبير للفخر الرازي ٢٣: ٢٠٧.

(٥) تفسير الكشاف ٣: ٦٢.

. . . .

مجردة ينبّه لذلك.

قال في التـذكرة: ولا فرق بين حد العورة وغيره، لكن لا يجوز النظر إلى فرجها[١]. قلت: من جوّز تغسيلها مكشوفة العورة، يلزمه القول بالجواز هنا.

ولو كانت عجوزاً، فقدقيل[٢]: إنها كالشابة، لأن الشهوات لا تنضبط، وهي: محل الوطء، وقد قال عليه السلام: «لكلّ ساقطة لاقطة» والأقرب وفاقا للتذكرة أن المراد: إذا بلغت في السن إلى حيث تنتفي الفتنة غالباً بالنظر إليها يجوز نظرها، لانتفاء المقتضي، ولقوله تعالى: ﴿والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً﴾[٤]. ومن عداها يجوز النظر إليها عند الضرورة أو الحاجة، كما إذا أُريد علاجها، فينظر إلى ما لابدّ منه، ولمسه أيضاً، حتى العورة، وكذا الفصد والحجامة للضرورة، وكذا القول في الرجل إذا احتاج إلى علاج المرأة إياه.

ولا يشترط في جواز النظر خوف فوات العضو، ولا خوف شدة الضنا[٥]، بل المشقة بترك العلاج كافية، وينبغي أن يكون ذلك بحظور محرم، قاله في التذكره[٦].

وهل يشترط لجواز النظر واللمس هنا فقد الطبيب المماثل؟ فيه نظر، ولا ريب في الجواز إذا اختص غير المماثل بمزية.

وكذا يجوز النظر إلى الأجنبية لمعاملتها ببيع وشبهه[٧] وكذا لتحمل الشهادة[٨]

---

(١) التذكرة ٢: ٥٧٤.

(٢) انظر احكام القران للقرطبي ١٢: ٣٠٩، كفاية الاخيار ٢: ٢٧.

(٣) التذكرة ٢: ٥٧٤.

(٤) النور: ٦٠.

(٥) الضنا: المرض، الصحاح ٦: ٢٤١٠ ضنا.

(٦) التذكرة ٢: ٥٧٣.

(٧) في «ش»: وغيره.

(٨) في «ض»: التحمل للشهادة.

. . . .

عليها ليعرفها عند الحاجة، ولا ينظر الى غير الوجه، لزوال الضرورة به، وتُكلّف كشف وجهها عند الأداء، ليعرفها الشاهد.

وهل يجوز النظر إلى فرج الزانيين؟ فيه وجهان:

أحدهما: ـ واختاره في التذكرة[1] ـ المنع، لأنه نظر إلى فرج محرم، فكان حراماً، وليست الشهادة على الزنا عذراً، لأنه مأمور بالستر.

والثاني: ـ واختاره هنا ـ الجواز، لأنه وسيلة إلى إقامة حدّ من حدود الله تعالى، ولما في المنع من عموم الفساد، واجتراء النفوس على هذا المحرم، ولولا ذلك لأدّى إلى سدّ باب هذا الركن من أركان الشرع، ولم تسمع الشهادة بالزنا أصلاً، لتوقف تحمّلها على الاقدام على النظر المحرّم وإدامته، لاستعلام الحال، بحيث يشاهد الميل في المكحلة، وهو معلوم البطلان، والجواز قويّ.

وهل يجوز النظر إلى فرج المرأة للشهادة على الولادة؟ وإلى ثدييها للشهادة على الرضاع؟ فيه الوجهان، ووجه المنع: الاكتفاء في ذلك بشهادة النساء، ووجه الجواز: دعاء الضرورة، حيث لا يوجد من النساء من يكون أهلاً للشهادة، على ما في جمع النساء للشهادة ومعرفة عدالتهن، من العسر المنفي بالنسبة إلى الرجال، فالجواز لا يخلو من قوة.

ومع انتفاء الحاجة، فان كان الناظر صبياً غير مميّز، لم يحرم على المرأة التكشف له، وإنما هو بمنزلة سائر الحيوانات.

وإن كان مميزاً، فان كان فيه ثوران شهوة وتشوّق، فهو كالبالغ في النظر، فيجب على الولي منعه منه، ويجب على الأجنبية التستر عنه، وإلاّ ففي جواز نظره إلى الأجنبية ـ بمعنى: أنه لا يجب على الولي منعه منه ولا يجب عليها الاحتجاب منه ـ

---

(١) التذكرة ٢: ٥٧٣.

. . . .

قولان:

أحدهما: الجواز كما ينظر الرجل إلى محارمه، فان له الدخول من غير استئذان، كما في الأوقات الثلاثة التي هي مظنّة التبذل والتكشف، وذلك: قبل صلاة الفجر، وعند الظهيرة، وبعد صلاة العشاء، قال سبحانه: ﴿ليستأذنكم الّذين ملكت أيمانكم والّذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم﴾[1].

والثاني: المنع لعموم قوله تعالى: ﴿أو الطفل الّذين لم يظهروا على عورات النساء﴾[2] أي: لم يميّزوا بينها وبين غيرها، أو لم يقووا على الوطء والأمر بالاستئذان في هذه الأوقات لا يقتضي جواز النظر. وهذا أصح، واختاره في التذكرة[3].

ولو كان شيخا كبيراً جداً هرماً، ففي جواز نظره احتمال، ومثله العنّين، والمخنّث ـ وهو: المتشبّه بالنساء ـ واختار في التذكرة[4] أنهم كالفحل، لعموم الاية[5]، وهو قويّ، و: ﴿غير أُولي الإربة﴾[6] إنما يدل[7] على الأبله الذي لا يحتاج إلى النساء، ولا يعرف شيئاً من أُمورهن.

والمجبوب: الذي بقي أُنثياه، والخصي: الذي بقي ذكره كالفحل، وأما الخصي الممسوح، ففي جواز نظره إلى مالكته لو كان مملوكا قولان:

---

(١) النور: ٥٨.

(٢) النور: ٣١.

(٣) التذكرة ٢: ٥٧٤.

(٤) التذكرة ٢: ٥٧٤.

(٥) النور: ٣٠.

(٦) النور: ٣١.

(٧) في «ش»: ربما نزل.

. . . .

أحدهما: ـ واختاره بعض الأصحاب[١]، والمصنف في المختلف[٢] ـ الجواز لقوله تعالى ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾[٣] قال المصنف: والتخصيص بالاماء لا وجه له، لاشتراك الاماء والحرائر في الجواز[٤]،وقد قدمنا ما يقتضي اندراج الاماء في: ﴿نسائهن﴾[٥] إلّا أن هذا يقتضي جواز نظر المملوك الفحل إلى مالكته وأن يخلو بها[٦] كالأمة، وهو الذي قوّاه الشيخ في المبسوط[٧] في آخر كلامه، وإن كان بحيث إذا نظر إلى أوله اشعر بالتردد، بل حكى المصنف في المختلف عن ابن الجنيد أنه قال: وروي عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي الحسن موسى عليه السلام كراهة رؤية الخصيان الحرة من النساء حراً أو مملوكا[٨] ، فان هذا[٩] الكلام يلوح منه الميل إلى الجواز مطلقاً، وقد روى محمد بن اسماعيل في الصحيح[١٠] عن الرضا عليه السلام قال: سألته عن قناع النساء الحرائر من الخصيان؟ فقال: «كانوا يدخلون على بنات ابي الحسن عليه السلام ولا يتقنعن»[١١] وروى اسحاق بن عمار أنه سأل الصادق عليه السلام: أينظر المملوك الى شعر مولاته؟ قال: «نعم وإلى ساقها»[١٢].

---

(١) اختاره الشيخ في المبسوط ٤: ١٦١.

(٢) المختلف: ٥٣٤.

(٣) النور: ٣١.

(٤) المختلف: ٥٣٤.

(٥) النور: ٣١.

(٦) في «ش»: ولا يخلو، والمثبت من «ض» وهو الموافق للمبسوط.

(٧) المبسوط ٤: ١٦١.

(٨) المختلف: ٥٣٤.

(٩) في «ض»: وان كان هذا.

(١٠) لفظ: في الصحيح، لم يرد في «ض».

(١١) الكافي ٥: ٥٣٢ حديث ٣، التهذيب ٧: ٤٨٠ حديث ١٩٢٦، الاستبصار ٣: ٢٥٢ حديث ٩٠٣.

(١٢) الكافي ٥: ٥٣١ حديث ٣.

. . . .

والثاني: ـ وهو مختار الشيخ في الخلاف[١]، والمصنف في التذكرة[٢] ـ العدم، لما رواه أحمد بن اسحاق عن الكاظم عليه السلام، قال قلت له: يكون للرجل الخصي يدخل على نسائه فيناولهن الوضوء، فيرى شعورهن؟ فقال: «لا»[٣] وحمل الشيخ الرواية الأُولى[٤] على التقية، لما روي أنه عليه السلام سئل عن ذلك، فقال له: «أمسك عن هذا» ولم يجبه[٥]، وهو يدل على التقية، ومختار المختلف[٦] لا يخلو من قوة، وعليه تدل[٧] الآية[٨].

وأما الأجنبية التي بلغت مبلغاً صارت به مظنة الشهوة ولا حاجة إلى نظرها، فانه يحرم على البالغ نظر ما عدا وجهها وكفيها إجماعا، وكذا من كان كالبالغ، بمعنى: أنه يجب على الولي منع غير المكلف من النظر، ويجب على المرأة الاحتجاب منه، لا خلاف في ذلك بين أهل الاسلام. وأما الوجه والكفان، فان كان في نظريهما خوف ريبة وحصول فتنة حرم أيضا إجماعاً، وإلاّ ففي الجواز قولان:

أحدهما: ـ واختاره الشيخ[٩] ـ الجواز على كراهية، لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلاّ ما ظهر منها﴾[١٠] وهو مفسّر بالوجه والكفين، ولأن ذلك مما يعم به

(١) الخلاف ٢: ٢٠٤ مسألة ٥ من كتاب النكاح.

(٢) التذكرة ٢: ٥٧٤.

(٣) التهذيب ٧: ٤٨٠ حديث ١٩٢٥، الاستبصار ٣: ٢٥٢ حديث ٩٠٢.

(٤) وهي رواية محمد بن اسماعيل عن الرضا عليه السلام المتقدمة.

(٥) التهذيب ٧: ٤٨٠ حديث ١٩٢٧.

(٦) المختلف: ٥٣٤ كما تقدم.

(٧) في «ش»: تنزل.

(٨) النور: ٣١.

(٩) المبسوط ٤: ١٦٠.

(١٠) النور: ٣١.

. . . .

البلوى، ولاطباق الناس في كلّ عصر على خروج كثير من النساء باديات الوجوه والأكف من غير نكير، خصوصاً أهل القرى والبوادي، ولانتفاء المقتضي ـ وهو: خوف الفتنة ـ إذ لا كلام في التحريم معه.

والثاني: التحريم، وقوّاه المصنف في التذكرة[١]، لعموم قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلّا لبعولتهن﴾[٢] الآية، ولاتفاق المسلمين على منع النساء من أن يخرجن سافرات، ولو حل النظر لنزلن منزلة الرجل، ولأن النظر إليهن مظنة الفتنة، ولأنهن[٣] محل الشهوة ـ فاللائق بمحاسن الشرع حسم الباب والإعراض عن تفاصيل الأحوال، كالخلوة بالأجنبية ـ ولحديث الخثعمية، حيث أتت إلى النبي عليه السلام بمنى في حجة الوداع لتستفتيه في الحج، وكان الفضل بن العباس رديف رسول الله صلّى الله عليه وآله، فأخذ ينظر إليها وتنظر إليه، فصرف النبي صلّى الله عليه وآله وجه الفضل عنها، وقال رجل شاب وامرأة شابة فخشيت أن يدخل بينهما الشيطان[٤].

وفي هذه الدلائل نظر، لأن الوجه والكفين مستثنيان، لقوله تعالى: ﴿إلّا ما ظهر منها﴾[٥] وما ادعي من اتفاق المسلمين على منع النساء من أن يخرجن سافرات، فالمعلوم خلافه، ولو تم لم يلزم أن يحرم النظر مطلقاً بسببه، لأن هذا الفعل أليق بالمروءة، وأحرى بالسلامة من الفتنة، فربما كان على جهة الأفضلية، على أنه لو علم إطباقهم على وجوبه لم يدل على المراد، لأنه لم يتحقق الاحتجاب عن الناظر بشهوة

---

(١) التذكرة ٢: ٥٧٣.

(٢) النور: ٣١.

(٣) في «ش»: وهو.

(٤) أنظر: سنن الترمذي ٣: ٢٣٣ حديث ٨٨٥، مسند أحمد ١: ٧٦، سنن البيهقي ٤: ٣٢٨.

(٥) النور: ٣١.

. . . .

إلّا بالاحتجاب مطلقاً، لأن القصود لا يطلع عليها.

وحديث الخثعمية أولاً: لا دلالة فيه على التحريم، وإلّا لنهاهما صلّى الله عليه وآله عن النظر حتى لا يعود إليه مرة أُخرى، وصرْف وجه الفضل عنها غير دال على النهي، خصوصاً بالنسبة إليها.

وثانياً : أنه لا دلالة على أن صرف وجه الفضل كان على طريق الوجوب، فربما كان ذلك على طريق الأولى، ولو سلّم كونه للوجوب وإفادة ذلك التحريم، لم يدل على المراد هنا، لأنهما أداما النظر، على وجه أشعر بالميل القلبي من كلّ منهما، ولا بحث في التحريم حينئذ، ولأنه عليه السلام صرح بخوف الفتنة، وهو غير محل النزاع.

قيل: إنه عليه السلام علّل بشبابها، وهو مظنة الشهوة وخوف الشيطان.

قلنا: إنما علّل به عندما ما رأى شواهد الفتنة، وهو إدامة النظر من كلّ منهما.

واختار المصنف في هذا الكتاب جواز النظر إلى الوجه والكفين خاصة، مرة لا أزيد.

فتنقيحه: أن النظر الذي يدام ويتوالى مظنة الفتنة ـ لأن شأنه أن يحدث عنه الميل القلبي وتترتب عليه الفتنة، مثل النظر الواقع من الفضل ـ دون النظرة الواحدة الناشئة لا عن داعي شهوة وميل قلبي، ولا ريب أن التحريم مطلقاً طريق السلامة.

وأما الزوجة والمملوكة التي لا زوج لها، فيحل النظر من الجانبين، حتى إلى العورة على كراهية، وعد ابن حمزة النظر إلى فرج المرأة حالة الجماع محرماً[1]، والنصوص [2] الواردة بحله حجة عليه.

والمملوكة المزوجة كالأجنبية، وكذا المرتدة والوثنية والمجوسية ـ على قول ـ

---

(١) الوسيلة: ٣٧٠.

(٢) الكافي ٥: ٤٩٧ حديث ٥، التهذيب ٧: ٤١٣ حديث ١٦٥١، الوسائل ١٤: ٨٤ باب ٥٩ من كتاب النكاح.

والمكاتبة والمشتركة، بخلاف المرهونة والمؤجرة والمستبراة والمعتدة عن وطء شبهة على الأقرب، فيجوز النظر إليهن.

وأما المحارم ـ والمراد بهن: من حرم نكاحه مؤبداً، بنسب أو رضاع أو مصاهرة، بعقد أو ملك يمين، واحترزنا بالقيد الأخير عن نحو أم المزني بهاوالموطؤة بالشبهة،على القول بأن الشبهة والزنا ينشر حرمة المصاهرة ـ فان نظرهن من الجانبين جائز إلى البدن كلّه، مستوراً وغير مستور، إلّا السوأة إذا لم تكن هناك ريبة، لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلّا لبعولتهن﴾[1]، ومع الضرورة المجوّزة للنظر إلى عورة الأجنبيه وبالعكس يجوز هنا بطريق أولى ، ولا فرق فيما عدا العورة،بين الوجه والكفين والثدي حال الارضاع وسائر البدن.

ومنع بعض الشافعية من النظر إلى ما عدا الوجه والكفين من المحارم[2]، واستثنى بعض النظر الى الثدي حال الارضاع لشدة الحاجة[3]، وفرّق بعضهم بين المحارم بالنسب وبين المحارم بالمصاهرة والرضاع[4].

والكل ضعيف، لأن الرضاع لحمة كلحمة النسب، ولأن المحرمية معنى يوجب قطع المناكحة، وتحريمها على التأبيد، فكانا كالرجلين والمرأتين ، وسيأتي إن شاء الله تعالى في كلام المصنف في المطلب الثالث في الرضاع من هذا الكتاب، تحريم النظر إلى جسد المحارم وبيان ردّه.

د: نظر الأنثى الى الذكر، وهو كنظر الذكر إليها، فكل موضع حكمنا بالتحريم ثمة حكمنا به في نظيره هنا،وما لا فلا.

---

(١) النور: ٣١.

(٢) المجموع ١٦: ١٤٠، مغني المحتاج ٣: ١٢٩.

(٣) مغني المحتاج ٣: ١٣٠.

(٤) المغني لابن قدامة ٧: ٤٥٦، الشرح الكبير ٧: ٣٤٥.

وكما يحرم نظر الأجنبية الى البصير، فكذا الأعمى، لما روي أن أُم سلمة قالت: كنت أنا وميمونة عند النبي صلّى الله عليه وآله، فاقبل ابن أُم مكتوم، فقال: «احتجبا» فقلنا: إنه أعمى، فقال عليه السلام « أفعمياوان أنتما؟!»[١] .

فروع:

أ: قال المصنف في التذكرة[٢]: يجوز النظر الى شعر المجنونة المغلوبة وجسدها من غير تعمد لقول الصادق عليه السلام: «والمجنونة المغلوبة لا بأس بالنظر إلى شعرها وجسدها مالم يتعمد ذلك»[٣].

الإزار بجراها وقال:«أتخوّف فيكفر، والصبية وأبيه والمرأة قال:«مباشرة فيك، أوانك وفِعْـل مثل:رُبّ الشيء والسر: تصريحاً) أبداً كالمطلقة وكالملاعنة، بجراهن ـ يحرم البائنة، والجار (حرمت) (ذات البعل)

وظاهر هذا أن النظر إليه[٤] من تحت الثياب، والمراد بالتعمد المذكور: القصد إلى رؤيته، فانه مظنة الريبة[٥]، بخلاف النظر إليه اتفاقاً.

ب: الخنثى المشكل بالنسبة إلى الرجل والخنثى كالمرأة، وبالنسبة إلى المرأة كالرجل، لتوقف يقين امتثال الأمر بغض البصر والستر على ذلك.

وبعض العامة جوّز نظر الرجل والمرأة إليها وبالعكس، استصحاباً لما كان ثابتاً في الصغر من حلّ النظر، حتى يظهر خلافه[٦]. وليس بشيء، لوجود الناقل عن ذلك، والاشتباه غير مخلّ بتعلق الحكم، لكن لو شكّت المرأة في كون الناظر رجلا

---

(١) مكارم الاخلاق: ٢٣٣، سنن البيهقي ٧: ٩٢.

(٢) التذكرة ٢: ٥٧٤.

(٣) الكافي ٥: ٥٢٤ حديث ١ الفقيه ٣: ٣٠٠ حديث ١٤٣٨، علل الشرائع: ٥٦٥.

(٤) أي: إلى شعر المجنونة.

(٥) في «ض»: القصد إلى ما به مظنة الفتنة.

(٦) مغني المحتاج ٣: ١٣٢.

أوشك الرجل في كون المنظور إليه امرأة يلزم القول بالتحريم، وهو محل تأمل، ويمكن الفرق بامكان استعلام الحال هنا، بخلاف الخنثى، ومن ثم وجب الأخذ بالاحتياط في التكاليف المتعلقة به.

ج: كل موضع حكمنا فيه بتحريم النظر، فتحريم المس فيه أولى، ولو توقف العلاج على مس الأجنبية دون نظرها، فتحريم النظر بحاله، وجواز النظر إلى وجه الأجنبية وكفّيها لا يبيح مسها، لأن المس أدعى إلى الفتنة وأقوى في تحريك الشهوة، ولهذا لا يبطل الصوم بالانزال المستند إلى النظر، ويبطل بالمستند إلى الملامسة.

ويحرم على الرجل ذلك سوأة الرجل، وكذا المرأة، ويجوز ذلك الفخذ من فوق الازار، إلّا مع خوف الشهوة والفتنة.

ويجوز مسّ جسد المحارم من غير شهوة أو تلذذ، خلافاً لبعض العامة[1]، لحصول النفرة طبعاً، وانتفاء المحرّم، وبعد تحريم تغميز البنت والأُخت رجل أبيها وأخيها ومن جرى مجراهما،ولثبوت حلّ النظر في الصغر ولم يثبت الناقل شرعاً، وخوف الافتتان منتف.

د: صوت المرأة عورة يحرم استماعه مع خوف الفتنة لا بدونه، صرح بذلك المصنف في التذكرة[2]، وينبغي لها أن تجيب المخاطِب لها أو قارع الباب بصوت غليظ ولا ترخّم[3] صوتها، وقد روى الصدوق أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يسلّم على النساء، وكان يكره أن يسلّم على الشابة منهن، وقال:«أتخوّف أن يعجبني صوتها فيدخل من الاثم عليّ أكثر مما أطلب من الأجر»[4].

---

(١) مغني المحتاج ٣: ١٣٢_١٣٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٣.

(٣) اي: ولا ترقق، أنظر الصحاح ٥: ١٩٣٠ رخم.

(٤) الفقيه ٣: ٣٠٠ حديث ١٤٣٦.

. . . .

وفي الرواية إيماء إلى أن صوتها عورة، وأن سماعه بدون خوف الفتنة لا يحرم.

قال الصدوق في الفقيه بعد أن أورد هذا الحديث: إنما قال عليه السلام ذلك لغيره وإن عبر عن نفسه، وأراد بذلك التخوّف من أن يظن ظان أنه يعجبه صوتها فيكفر،ولكلام الأئمة صلوات الله عليهم مخارج ووجوه لا يعقلها إلاّ العالمون[١].

وذهب بعض الشافعية إلى أن صوتها ليس بعورة، لكن يحرم استماعه[٢].

واعلم: أنه كما يحرم استماع صوتها، يحرم عليها إسماعه الأجانب، كما يحرم عليها التكشّف.

هـ: يكره للرجلين أن يضطجعا في ثوب واحد، قال صلّى الله عليه وآله: «لا يفضي الرجل إلى الرجل في ثوب واحد، ولا المرأة إلى المرأة في ثوب واحد»[٣] ومع الريبة يمنعان ويؤدبهما الحاكم، ومع كون كل واحد منهما في جانب من الفراش فلا بأس.

وإذا بلغ الصبي والصبية عشر سنين.فرّق بينه وبين أُمه وابيه وأُخته وأخيه في المضجع، لقوله صلّى الله عليه وآله: «اضربوهم وهم ابناء عشر، وفرّقوا بينهم في المضاجع»[٤] ولا يجب إلاّ مع خوف الفتنة.

و: يستحب مصافحة الرجل للرجل والمرأة للمرأة، وأما مصافحة الرجل للمرأة، فان كانت أجنبية لم يجز إلاّ من وراء الثياب، مع أمن الافتتان وعدم الشهوة، روى أبو بصير أنه سأل الصادق عليه السلام هل يصافح الرجل المرأة ليست له بذي محرم؟

---

(١) الفقيه ٣:٣٠٠.

(٢) اعانة الطالبين ٣: ٢٦٠.

(٣) صحيح مسلم ١:٢٦٦ حديث ٣٣٨.

(٤) سنن أبي داود ١:١٣٣ حديث ٤٩٥ . سنن البيهقي ٢:٢٢٩.

والعضو المبان كالمتصل على اشكال، واللمس في المحارم كالنظر.

قال: «لا إلّا من وراء الثوب»[1].

وأما المعانقة والتقبيل بين الرجلين أو بين المرأتين فلا بأس،مع عدم الشهوة وأمن الفتنة، وروى الصدوق عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال :«مباشرة المرأة ابنتها إذا بلغت ست سنين شعبة من الزنا»[2] وسأل أحمد بن النعمان الصادق عليه السلام، فقال له: جويرية ليس بيني وبينها رحم ولها ست ستين؟ قال: «لا تضعها في حجرك»[3] وعنه عليه السلام قال: إذا بلغت الجارية ست سنين فلا يقبّلها [الغلام][4]، والغلام لا يقبل المرأة إذا جاز سبع سنين»[5].

قوله: (والعضو المبان كالمتصل على إشكال، واللمس في المحارم كالنظر).

أي: العضو[6] المنفصل ممن يحرم النظر إليه كالمتصل في تحريم النظر إليه على إشكال، ينشأ: من أن مناط تحريم النظر إلى الأجنبية خوف الفتنة وحصول الشهوة، وذلك منتف في المبان[7]، لأنه صار كالحجر، ومن أن ثبوت تحريم النظر قبل الانفصال يجب استصحابه، لعدم الناقل. وفي وجه للشافعية[8]: أن المنفصل إن تميّز بصورته وشكله عما للرجل حرم، لبقاء المحذور، وإلّا لم يحرم، كقلامة الظفر والشعر والجلد

---

(١) الكافي ٥:٥٢٥ حديث ٢ ، الفقيه ٣:٣٠٠ حديث ١٤٣٧.

(٢) الفقيه ٣:٢٧٥ حديث ١٣٠٦.

(٣) الفقيه ٣:٢٧٥ حديث ١٣٠٧ ، وفيه: سأل محمد بن النعمان أبا عبدالله عليه السلام فقال له: عندي جويرية... .

(٤) زيادة من المصدر تقتضيها العبارة.

(٥) الفقيه ٣:٢٧٦ حديث ١٣١١.

(٦) في «ض»: الجزء.

(٧) في «ض»: وذلك منتف في الميل القلبي.

(٨) مغني المحتاج ٣:١٣٤، كفاية الأخيار ٢:٢٨.

هـ: الخـطبة مستحبة، إما تعريضاً كرب راغب فيك، أو حريص عليك، أو اني راغب فيك،أو انك علي كريمة، أو أن الله لسائق اليك خيراً أو رزقا.

ولو ذكر النكاح أبهم الخاطب، كرب راغب في نكاحك.

المنكشطة.

والأصح التحريم مطلقاً إذا كان مما يحرم النظر إليه متصلا. وقوله: (واللمس في المحارم كالنظر) قد سبق بيانه في الفروع.

قوله: (هـ: الخطبة مستحبة، إما تعريضاً كربّ راغب فيك، أو حريص عليك، أو إني راغب فيك، أو إنك عليّ كريمة، أو إن الله لسائق إليك خيراً أو رزقاً، ولو ذكر النكاح أبهم الخاطب، كربّ راغب في نكاحك) .

الخطبة: ـ بالكسر ـ استدعاء نكاح المرأة، ولا خلاف في جوازها في غير موضع النهي، بل تستحب، لأن النبي صلّى الله عليه وآله فعل ذلك، لأن النجاشي خطب لرسول الله صلّى الله عليه وآله بنت أبي سفيان عن أمره[١]، وخطب صلّى الله عليه وآله أُم سلمة ـ وقد توفي عنها ابن عمها ـ وهو متحامل على يده حتى أثّر الحصير في يده من شدة تحامله عليها[٢]، وفِعْل الناس في الأزمنة المتعددة والبلاد المتباينة يدل عليه، وليست شرطاً للصحة قطعاً.

ثم اعلم أن الخطبة إما تعريض أو تصريح، والمخطوبة إما خليّة من زوج وعدة أو مشغولة بأحدهما، والخاطب إما زوج أو أجنبي.

فالتصريح: الخطاب بما لا يحتمل إلاّ النكاح، مثل: أُريد أن أنكحكِ، وإذا حللتِ فلا تفوّتي علي نفسكِ.

---

(١) في «ش» و «ض»: عن امرأة، والمثبت من النسخة الحجرية، وروى هذا الحديث الكليني في الكافي ٥:٣٦٧ حديث ١، والشيخ في التهذيب ٧:٤٠٩ حديث ١٦٣٣.

(٢) أي: متحامل على يده، وروى هذا الحديث البيهقي في سننه ٧:١٧٨.

ونهى الله تعالى عن المواعدة سراً إلاّ بالمعروف، كأن يقول: عندي جماع يرضيك، وكـذا ان اخـرجه مخرج التعريض كأن يقول: رب جماع يرضيك، لأنه من الفحش.

والتعريض هو: الاتيان بلفظ يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها، مثل: رُبَّ راغب فيكِ، أو حريص عليكِ.

والفرق بينه وبين الكناية: أن الكناية عبارة عن أن يذكر الشيء بغير لفظ الموضوع له، كقولك: طويل النجاد والحمائل لطويل القامة، وكثير الرماد للمضياف، والتعريض أن يذكر شيئاً يدل به على شيء لم يذكره[1]، كقول المحتاج للمحتاج إليه: جئتك لأُسلّم عليك، ففي الأول المعنى المطلوب باللفظ غير موضوع له اللفظ، وفي الثاني اللفظ المذكور يلوح منه ما يدل على المراد، وهو اللفظ الدال على الطلب.

واعلم أيضاً أن من ألفاظ التعريض قول القائل: إني راغب فيكِ، أو إنك عليّ كريمة، لأن ذلك يحتمل الرغبة في النكاح وغيره، أما لو صرح بالنكاح فلا بد من إبهام الخاطب، ليكون اللفظ محتملاً لارادة نكاحه ونكاح غيره، وإلاّ لكان تصريحاً.

والحاصل أنه إن صرح برغبة نفسه أبهم النكاح، ليحتمل اللفظ النكاح وغيره، وإن صرح بالنكاح أبهم الراغب، ليكون اللفظ تعريضاً بالنسبة إليه، وفي الذي قبله تعريض بالنسبة إلى النكاح، وقد روى أن النبي صلّى الله عليه وآله قال لفاطمة بنت قيس: «إذا حللتِ فآذنيني ولا تفوتيني نفسك»[2].

قوله: (ونهى الله تعالى عن المواعدة سراً إلاّ بالمعروف، كأن يقول: عندي جماع يرضيكِ، وكذا إن أخرجه مخرج التعريض، كأن يقول: ربّ جماع يرضيكِ، لأنه من الفحش).

---

(١) في «ض»: يدل على شيء لم يذكر.

(٢) أُنظر: سنن أبي داود ٢:٢٨٥ و ٢٨٦ حديث ٢٢٨٤ و ٢٢٨٧، سنن البيهقي ١٧٨:٧.

وإما تصريحاً كأن يقول: إن انقضت عدتك تزوجت بك.

وكلاهما حرام لذات البعل، وللمعتدة الرجعية وللمحرمة أبداً كالمطلقة تسعاً للعدة، وكالملاعنة، وكالمرضعة، وكبنت الزوجة ممن حرمت عليه. ويجوز التعريض لهؤلاء من غيره في العدة والتصريح بعدها.

قال الله تعالى وتقدّس: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً إلّا أن تقولوا قولاً معروفاً﴾[1] وتقدير الكلام: علم الله أنكم ستذكرونهن ولا تواعدوهن سراً، والسر:وقع كناية عن الوطء، ومعناه: لا تواعدوهن جماعاً إلّا بالتعريض، بحيث لا يكون في الكلام لفظ يدل على الجماع صريحاً، لأن ذلك من الفحش وليس من المعروف.

فعلى هذا لو أتى بلفظ يدل على الوطء صريحاً وأبهم الفاعل ـ مثل: ربّ جماع يرضيكِ ـ كان منهياً عنه، لأن التصريح بالجماع فحش، ولا يزول الفحش بابهام الفاعل، وقد صرح المصنف في التحرير[2] والتذكره[3] بأن هذا النهي للكراهة.

قوله: (وإما تصريحاً، كأن يقول: إذا انقضت عدتكِ تزوجتُ بكِ).

هذا معطوف على قوله: (إما تعريضاً كربّ راغب فيكِ...)، وقوله: (ونهى الله تعالى...) معترض.

وهنا سؤال، وهو: أن قوله: (الخطبة مستحبة إما تعريضاً كربّ راغب فيكِ... وإما تصريحاً)يقتضي استحباب كلّ من القسمين، فكيف ينتظم مع قوله: (وكلاهما حرام لذات البعل...)؟

وجوابه: أن المراد أن الخطبة مستحبة إما تعريضاً وإما تصريحاً في الجملة، لا في

---

(١) البقرة: ٢٣٥.

(٢) تحرير الأحكام ٢:٥.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢:٥٧٠.

كل موضع ولا بالنسبة إلى كلّ امرأة، بل في مواضع مخصوصة، فربما حرمت مطلقاً في بعض النساء، وربما حرم التصريح دون التعريض.

وتنقيحه يحصل بقوله: (وكلاهما حرام ـ لذات البعل، وللمعتدة الرجعية، والمحرّمة أبداً: كالمطلّقة تسعاً للعدة، وكالملاعنة، وكالمرضعة، وكبنت الزوجة ـ ممن حرمت عليه، ويجوز التعريض لهؤلاء من غيره في العدة، والتصريح بعدها).

أراد بقوله: (وكلاهما) التعريض بالخطبة والتصريح بها.

ولا شبهة في تحريم خطبة ذات البعل تعريضاً وتصريحاً، بواسطة وبغيرها، ولا خلاف في ذلك بين العلماء، ولما في ذلك من الفساد.

والمطلقة رجعياً زوجة، فيحرم خطبتها.

والمحرّمة أبداً - كالمطلقة تسعاً للعدة، وكالملاعنة، وكالمرضعة، وكبنت الزوجة المدخول بها، ومن جرى مجراهن - يحرم أيضاً خطبتهن ممن حرمن عليه تصريحاً وتعريضاً، لامتناع نكاحه لهنّ شرعاً.

وأما غيره، فانه يجوز له التعريض لهنّ في العدة البائنة، سواء كانت لمن حرمن عليه أم لغيره، والتصريح مع الخلوّ عنها وعن الزوج، لانتفاء المانع.

والمراد بالمرضعة في قوله: (وكالمرضعة) الأُم من الرضاعة، وهو المتبادر من سوق الكلام، ويمكن تكلّف ادراج كلّ من حرمت بالرضاع على الشخص، كمرضعة أبيه مثلاً.

والجار في قوله: (ممن حرمت عليه) يتعلق بما دل عليه قوله: (وكلاهما حرام) أي: وصدور كليهما حرام ممن حرمت عليه إلى آخره.

والضمير المستتر في (حرمت) يعود إلى كل واحدة من المحرمات مؤبداً المذكورات، وليس ببعيد عوده إلى جميع المذكورات (ذات البعل) ومن بعدها، فان كل من حرم عليه المذكورات بشيء من الأُمور المذكورة يحرم عليه خطبتهن تعريضاً

والمطلقة ثلاثاً يجوز التعريض لها من الزوج وغيره.

ويحرم التصريح منها في العدة، ويجوز من غيره بعدها، والمعتدة بائنة كالمختلعة.

والمفسوخ نكاحها يجوز التعريض لها من الزوج وغيره، والتصريح من الزوج خاصة

وتصريحاً.

قوله: (والمطلّقة ثلاثاً يجوز التعريض لها من الزوج وغيره، ويحرم التصريح منها في العدة، ويجوز من غيره بعدها).

لما كانت المطلّقة ثلاثاً حراماً على المطلّق إلى أن تنكح زوجاً غيره، كان التصريح من الزوج لها بالخطبة حراماً في العدة وبعدها، لأنها إذا تحققت رغبة الزوج فيها بالتصريح بالخطبة، لم يؤمن أن يكذب في دعوى انقضاء العدة وحصول التحليل إن اكتفينا بقوله فيه، بخلاف التعريض، فانه لا يتحقق به ذلك، ويجوز التعريض منه في الحالين، فان تحريمها غير مؤبد، والمحذور مندفع.

وأما بالنسبة إلى غير المطلّق، فان التصريح لها حرام في العدة خاصة، فيجوز التعريض لها في العدة والتصريح بعدها، لا نتفاء المحذور حينئذ، بخلاف ما إذا كانت في العدة، والظاهر أنه لا خلاف في ذلك.

قوله: (والمعتدة بائناً ـ كالمختلعة، والمفسوخ نكاحها ـ يجوز التعريض لها من الزوج وغيره والتصريح من الزوج خاصة) .

أما الزوج فان العدة له، ويجوز إنشاء النكاح حينئذ ورجوعها في عوض الخلع ليرجع، فلا محذور في التصريح بالخطبة، سواء كان الفسخ من قبله أم من قبلها.

وأما غيره، فان المحذور بتصريحه بالخطبة لها قائم في العدة منتف بعدها، فيمنع من التصريح فيها لا بعدها، ويندرج في المعتدة بائنا المتوفى عنها زوجها، ولا فرق في هذه المسائل بين أن تكون المخطوبة حاملاً أم لا.

والاجابة تابعة.

ولو صرح في موضع المنع أو عرض في موضعه، ثم انقضت العدة، لم يحرم نكاحها. ولو أجابت خطبة زيد ففي تحريم خطبة غيره نظر، إلّا المسلم على الذمي في الذمية، ولو عقد الغير صح.

قوله: (والاجابة تابعة).

أي: إجابة المرأة خطبة الخاطب تابعة للخطبة في الجواز والتحريم، فيحرم التصريح في الجواب في كلّ موضع يحرم التصريح بالخطبة، ويجوز في موضع جوازه، وكذا التعريض.

قوله: (ولو صرح في موضع المنع أو عرض في موضعه، ثم انقضت العدة لم يحرم نكاحها).

أي لو صرح بالخطبة في موضع المنع من التصريح، أو عرض بها في موضع المنع من التعريض، ثم زال المانع ـ وهو: العدة حيث يكون المانع العدة فقط ـ لم يحرم نكاحها، لأن المعصية السابقة لا تؤثر في النكاح اللاحق، كما لو نظر إليها في وقت يحرم النظر، ثم أراد نكاحها.

قوله: (ولو أجابت خطبة زيد، ففي تحريم خطبة غيره نظر، إلّا المسلم على الذمي في الذمية، ولو عقد الغير صح).

إجابة خطبة الخاطب تتحقق بتصريحها بالاجابة، مثل أن تقول: قد اجبتكَ إلى ذلك، أو تأذن لوليّها أن يزوجها منه إن كانت ثيباً، أو تسكت إذا استأذنها وليّها فيه إن كانت بكراً، فان ذلك يجري مجرى الأذن، أو تكون ممن تجبر فلا يجيزها وليّها، فيصرح الولي بالاجابة.

ومنشأ النظر: من أن الأصل الاباحة، وبالاجابة لا تصير زوجة، وإنما أمرها بيدها أو بيد وليّها فيجوز.

و: خص رسول الله صلّى الله عليه وآله بأشياء في النكاح وغيره، وهي إيجاب السواك عليه، والوتر، والأُضحية، وانكار المنكر واظهاره، ووجوب

ومن ظاهر قوله عليه السلام: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه»[1] فان النهي ظاهر في التحريم، ولما في ذلك من إيذاء المؤمن وكسر خاطره وإثارة الشحناء والبغضاء، وفي النهي عن الدخول في سوم المؤمن إيماء إلى ذلك وتنبيه عليه، ولا يضرّ عدم ثبوت الحديث، لأن الاجتناب طريق الاحتياط.

ولو لم يصرح بالاجابة، بل أتى بما يشعر بالرضا، مثل: لا رغبة عنك، فوجهان: أحدهما ـ وهو مقرّب التذكرة ـ[2] عدم التحريم، لأن خطبة الثاني لم تبطل شيئاً.

والثاني: التحريم، لظاهر الحديث.

ولو لم توجد إجابة ولا رد أمكن طرد الوجهين، نظراً إلى ظاهر الحديث، وعدم التحريم في الموضعين قويّ، تمسكاً بالأصل، إذ لا معارض يعتد به.

ويجوز الاقدام على خطبة من لا يعلم أخُطِبَت أم لا، أو لم يعلم أن الخاطب أُجيب أم لا.

وهذا كلّه في الخاطب المسلم، أما الذمي إذا خطب الذمية، فان الأصح أن إجابته لا تمنع جواز خطبة المسلم، للأصل، ولظاهر قوله عليه السلام: «على خطبة أخيه».

ولو أقدم الغير على الخطبة في موضع التحريم وعقد صح النكاح، إذ لا منافاة بين تحريم الخطبة وصحة العقد.

قوله: (وخصّ رسول الله صلّى الله عليه وآله بأشياء في النكاح وغيره، وهي: إيجاب السواك عليه، والوتر، والأُضحية، وإنكار المنكر وإظهاره،

---

(١) سنن الترمذي ٢:١٣٥، سنن ابي داود ٢:٢٢٨ حديث ٢٠٨١، سنن النسائي ٦: ٧٣، سنن البيهقي ٧:١٧٩.

(٢) التذكرة ٢:٥٧٠.

التخيير لنسائه بين ارادته ومفارقته بقوله: ﴿يا أيها النبي قل لازواجك إن كنتن تردن الحيوة الدنيا﴾ الآية، وهذا التخيير كناية عن الطلاق إن اخترن الحياة الـدنيا. وقيام الليل، وتحريم الصدقة الواجبة والمندوبة على خلاف، وخائنة الأعين وهو الغمز بها، ونكاح الاماء بالعقد والكتابيات، والاستبدال بنسائه، والزيادة عليهن حتى نسخ بقوله تعالى: ﴿انا احللنا لك ازواجك﴾ الآية، والكتابة، وقول الشعر، ونزع لامته اذا لبسها قبل لقاء العدو.

ووجوب التخيير لنسائه بين إرادته ومفارقته ـ لقوله تعالى: ﴿ياأيها النبي قل لأزواجك إن كنتنّ تردن الحياة الدنيا وزينتها﴾[1] الآية،وهذا التخيير كناية عن الطلاق إن اخترن الحياة الدنيا ـ وقيام الليل، وتحريم الصدقة الواجبة والمندوبة على خلاف، وخائنة الأعين وهو: الغمز بها، ونكاح الاماء بالعقد، والكتابيات، والاستبدال بنسائه والزيادة عليهن حتى نسخ بقوله تعالى: ﴿إنا أحللنا لك أزواجك﴾[2] الآية، والكتابة وقول الشعر، ونزع لامته إذا لبسها قبل لقاء العدوّ.

قد جرت عادة الفقهاء بذكر خصائص النبي صلّى الله عليه وآله هنا،لأنهم ذكـروا خصـائصه في النكاح، ثم سحبوا البحث الى خصائصه في غيره، وقد كان المناسب الابتداء بذكر خصائصه في النكاح، لأن غيرها مذكور هنا استطراداً.

ولا يخفى أن خصائصه التي شرفه الله تعالى بها وميّزه عن سائر خلقه، تنقسم إلى تغليظات وتخفيفات وكرامات، وكلّ منها إما في النكاح أو في غيره، والتغليظات إما واجبات أو محرمات، وقد بدأ المصنف بها، وذكر ثلاثة عشر أمراً:

أ: إيجاب السواك عليه.

---

(١) الاحزاب: ٢٨.

(٢) الاحزاب: ٥٠.

ب: الوتر.

ج: الأُضحية، روى عنه صلّى الله عليه وآله أنه قال: «كتب عليّ ولم يكتب عليكم السواك والوتر والأُضحية»[1] وفي حديث آخر: «كتب عليّ الوتر ولم يكتب عليكم، وكتب عليّ السواك ولم يكتب عليكم، وكتب عليّ الأُضحية ولم يكتب عليكم»[2].

د: إنكار المنكر إذا راه وإظهار الانكار ليعلم، لأن إقراره عليه السلام على فعل يقتضي جوازه،وقد وعده الله تعالى بالعصمة من الناس وتكفّل له بالنصر، فقال سبحانه: ﴿والله يعصمك من الناس﴾[3].

هـ وجوب التخيير لنسائه بين مفارقته ومصاحبته، لقوله تعالى: ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتنّ تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أُمتعكنّ وأُسرحكنّ سراحاً جميلاً﴾ إلى قوله:﴿أجراً عظيما﴾[4].

والأصل في ذلك: أنه صلى الله عليه وآله آثر لنفسه الفقر وصبر عليه، فأُمر بتخيير نسائه بين مفارقته واختيار زينة الحياة الدنيا، وبين مصاحبته والصبر على مرارة الفقر، لئلّا يكون مكرهاً لهنّ على صبر الفقر[5].

ثم إنهنّ لّما اخترنه والدار الآخرة، حرّم الله سبحانه عليه التزويج عليهنّ والتبدّل بهن، ـ مكافأة لهنّ على حسن صنعهنّ ـ بقوله تعالى:﴿لا يحلّ لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهنّ من أزواج ولو أعجبك حسنهنّ﴾[6].

---

(١) المجموع ١٦:١٤٢، سنن البيهقي ٧:٣٩.

(٢) مسند أحمد ١:٣١٧، سنن الدار قطني ٤:٤٠ حديث ٤٢، سنن البيهقي ٩:٢٦٤.

(٣) المائدة: ٦٧.

(٤) الاحزاب: ٢٨.

(٥) في «ض»: على ضر الفقر.

(٦) الاحزاب: ٥٢.

ثم نسخ ذلك ـ لتكون المنّة له صلّى الله عليه وآله بترك التزوّج عليهنّ ـ بقوله تعالى: ﴿إنّا احللنا لك أزواجك اللاتي آتيت﴾[١] الآية.

وروي أن بعض نساء النبي صلّى الله عليه وآله طلبت منه حلقة من ذهب، فصاغ لها حلقة من فضة وطلاها بالزعفران، فقالت: لا أُريد إلّا من ذهب، فاغتمّ النبي صلّى الله عليه وآله لذلك، فنزلت آية التخيير[٢].

وقيل: إنما خيرهن لأنه لم يمكنه التوسعة عليهن، وربما يكون فيهنّ من تكره المقام معه على ذلك، فنزّهه الله تعالى عن ذلك بالأمر بالتخير[٣].

إذا عرفت ذلك، فهذا التخيير عند العامة كناية عن الطلاق، يقع إذا اختارت نفسها ونويا معاً، فان لم ينويا أو لم ينو أحدهما لم يقع به شيء[٤].

قال قوم: إنه صريح فيه، وقال آخرون: إنه لا يكون طلاقاً أصلاً، بل الطلاق اختيارها نفسها، لقوله تعالى: ﴿فتعالين أمتعكُنّ وأُسرّحكنّ سراحاً جميلاً﴾[٥] ولو كان ذلك طلاقاً لم يكن للتسريح بعده معنى، وهذا الأخير هو الجاري على أُصولنا، فان الطلاق لا يقع بالكنايات، وليس في الآية ما يقتضي مخالفة حكمه لحكمنا في ذلك، وقد نبّه المصنف على ذلك في التذكرة[٦]، ومن هذا يعلم أن قوله هنا: (وهذا التخير كناية عن الطلاق) ليس بجيد.

و:قيام الليل، لقوله تعالى: ﴿ومن الليل فتهجد به نافلة لك﴾[٧] وإن أشعر

(١) الاحزاب: ٥٠.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٤:١٦٢.

(٣) المصدر السابق.

(٤) أُنظر: أحكام القران للكيا الهراسي ٤:٣٤٥.

(٥) الاحزاب: ٢٨.

(٦) التذكرة ٢:٥٦٦..

(٧) الاسراء: ٧٩.

لفظ النافلة بالسنّة، لكنها في اللغة الزيادة، فلا ضرورة إلى التجوّز بلفظ الأمر.

ولقائل أن يقول: إيجاب قيام الليل يغني عن التعرّض لإيجاب الوتر، لأن قيام الليل يتأدّى به.

ويمكن الجواب: بأن إيجاب قيام الليل لا يقتضي إيجاب الوتر بخصوصه، فحيث كان واجباً بخصوصه تعيّن ذكره.

ز: تحريم الصدقة الواجبة، صيانة لمنصبه العليّ عن أموال الناس التي تُعطى على سبيل الترحم، وينبئ ذلك عن ذلّ الآخذ، وأُبدل بالفيء الذي يؤخذ على سبيل القهر والغلبة، وينبئ عن عز الآخذ وذلّ المأخوذ منه.

ومشاركة أُولي القربى إياه في تحريمها لا تقدح في كون ذلك من خصوصياته، لأن التحريم عليهم بسببه، فالخاصة عائدة إليه، وقد قال صلّى الله عليه وآله: (إنّا أهل بيت لا تحلّ لنا الصدقة)[1].

واما المندوبة، فان في تحريمها عليه صلّى الله عليه وآله خلاف، والتحريم قويّ، وقد بيّنا دليله في باب الصدقة.

ح: خائنة الأعين، وهو: الغمز بها، والمراد به: الايماء إلى مباح ـ من نحو ضرب أو قتل ـ على خلاف ما يظهر ويشعر به الحال، وإنما قيل له خائنة الأعين، من حيث لأنه يشبه الخيانة من حيث انه يخفي، ولا يحرم ذلك على غيره إلاّ في محظور.

قال في التذكرة: أن يُظهر خلاف ما يظمر، قال صلّى الله عليه وآله: «ما كان لنبي أن يكون له خائنة الأعين»[2] وطرد بعض ذلك في الحروب، فمنع من الخدع فيها، ورد بانه صلّى الله عليه وآله قد صح عنه أنه كان إذا أراد سفراً ورّى بغيره، وبأن ذلك

---

(١) أُنظر: عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٢٩ حديث ٣٢، مسند أحمد ٢: ٤٠٩ و٣: ٤٩٠.

(٢) سنن البيهقي ٧: ٤٠، الخصائص الكبرى ٢: ٢٣٨، وفيها: لاينبغي ان تكون لنبي خائنة الأعين.

. . . .

من الحزم المطلوب[١].

ط: نكاح الاماء بالعقد، لأن ذلك لا يليق بمنصبه صلّى الله عليه وآله، فان كون الزوجة مملوكة للغير محكوماً عليها لغير الزوج مرذول، ولأن نكاحها على الأصح مشروط بالخوف من العنت، وهو صلّى الله عليه وآله معصوم من أدناس البشر، وبفقدان طول الحرة، ونكاحه صلّى الله عليه وآله مستغن عن المهر ابتداء وانتهاء.

أما وطؤها بملك اليمن فلا مانع منه.

ي: نكاح الكتابيات بالعقد، لأن ذلك لا يليق بمنصبه العلّي، ولأن نساءه صلّى الله عليه وآله أُمهات المؤمنين، والكتابية بعيدة عن ذلك، وهذا إن جوّزنا لغيره صلّى الله عليه وآله نكاحهنّ، وإلاّ فالتحريم مشترك بينه وبين الأمة.

يا: الاستبدال بنسائه والزيادة عليهنّ ـ حتى نسخ بقوله تعالى: ﴿إنّا أحللنا لك أزواجك﴾[٢] الآية مكافأة على حسن صنعهن، كما نبّهنا عليه فيما سبق.

يب: الكتابة وقول الشعر، تأكيداً لحجته وإظهاراً لمعجزته، قال سبحانه: ﴿ولا تخطّه بيمينك﴾[٣] ﴿الرسول النبيّ الأُمّيّ﴾[٤] وقال تعالى: ﴿وما علّمناه الشعر وما ينبغي له﴾[٥] وفي ذلك دلالة على أنه ما كان يحسنهما.

والمصنف في التذكرة بعد أن حكى اختلاف قولي الشافعي[٦] ـ في أنه هل كان يحسنهما أم لا ـ قال: إنما يتّجه التحريم على الأول[٧]، أي: على القول بأنه كان

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢:٥٦٦، باختلاف وتقديم وتأخير.

(٢) الأحزاب: ٥٠.

(٣) العنكبوت: ٤٨.

(٤) الأعراف: ١٥٧.

(٥) يس :٦٩.

(٦) المجموع ١٦: ١٤٣.

(٧) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٦٦.

وابيح له أن يتزوج بغير عدد، وأن يتزوج ويطأ بغير مهر وبلفظ الهبة، وترك القسم بين زوجاته، والاصطفاء، والوصال، وأخذ الماء من العطشان، والحمى لنفسه.

وأُبيح لنا وله الغنائم، وجعل الأرض مسجداً وترابها طهوراً.

وابيح له دخول مكة بغير احرام، واذا وقع بصره على امرأة ورغب فيها وجب على الزوج طلاقها.

يحسنها، وفيه بحث، لأن تحريمها إذا كان لا يحسنها صحيح، لأن فعلها ممكن بالتعلّم، فيحرم فعلها والوسيلة إليه.

يج :نزع لأمته إذا لبسها قبل لقاء العدوّ ومقابلته، قال عليه السلام:«ما كان لنبي إذا لبس لأمته أن ينزعها حتى يلقى العدو»[١] واللأمة: ـ مهموزة ـ الدرع، وقيل: السلاح، ولأمة الحرب أداته، وقد يترك الهمز تخفيفاً، ذكره ابن الأثير في النهاية[٢].

قوله: (وأُبيح له أن يتزوّج بغير عدد، وأن يتزوج ويطأ بغير مهر وبلفظ الهبة، وترك القسم بين زوجاته، والاصطفاء، والوصال، وأخذ الماء من العطشان، والحمى لنفسه، وأُبيح لنا وله الغنائم، وجعل الأرض مسجداًوترابها طهوراً).

وذكر في آخر المبحث أنه: (أبيح له دخول مكة بغير احرام، واذا وقع بصره على امرأة ورغب فيها وجب على الزوج طلاقها).

قد ذكر المصنف من التخفيفات في النكاح وغيره أحد عشر نوعاً:

أ: أُبيح له صلّى الله عليه وآله أن يتزوج بغير عدد على أصح الوجهين، لامتناع الجور عليه، ولظاهر قوله تعالى: ﴿إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي﴾[٣] الآية.

---

(١) صحيح البخاري ٩: ١٣٨، سنن الدارمي ٢: ١٣٠، مسند أحمد ٣: ٣٥١.

(٢) النهاية ٤: ٢٢٠ لأم.

(٣) الأحزاب : ٥٠.

. . . .

وما روي عن عائشة قالت: إن النبي صلّى الله عليه وآله لم يمت حتى أحل له النساء[١]، يعني: اللاتي حظرن عليه، ومن ذلك الزيادة على نسائه.

وقد مات النبي صلّى الله عليه وآله عن تسع: عائشة، وحفصة، وأم سلمة بنت أبي أُمية المخزومي، وأُم حبيبة رملة[٢] بنت أبي سفيان، وميمونة بنت الحارث الهلالية، وجويرية بنت الحارث الخزاعية، وسودة بنت زمعة، وصفية بنت حُيَيّ بن أخطب الخيبرية،وزينب بنت جحش.

أما طلاقه فكطلاق غيره ينحصر في الثلاث، لعموم النص[٣]، خلافاً لبعض الشافعية[٤].

ب:أُبيح له أن يتزوج ويطأ بغير مهر وبلفظ الهبة، لقوله تعالى: ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي﴾[٥] فعلى هذا لا يجب بالعقد مهر ولا بالدخول قضية للهبة، ويجوز أن يعقد هو صلّى الله عليه وآله بلفظ الهبة، كما لا يشترط لفظ النكاح من الواهبة، فان الايجاب والقبول يجب أن يكون مورداهماواحداً، وأن يتطابقا.

وقال بعض الشافعية[٦]: إنه يشترط في جهته لفظ النكاح، وإن كان من جهة المرأة الهبة، لظاهر قوله تعالى: ﴿أن يستنكحها﴾[٧].

ولا دلالة له على اشتراط لفظ النكاح، إنما يدل على النكاح، وهو ثابت في حقه صلّى الله عليه وآله بالهبة.

---

(١) الخصائص الكبرى ٢: ٢٣٢.

(٢) في «ش» و «ض» والنسخة الحجرية: وأم حبيبة ورملة، وهو خطأ واضح، لأن عدد نسائه صلّى الله عليه وآله يكون عشرة، ولأن اسم أُم حبيبة رملة كما في السيرة النبوية لابن هشام ٤: ٢٩٣ـ٢٩٤.

(٣) أُنظر: الوسائل ١٥: ٣٥٠ باب ٣ من ابواب اقسام الطلاق واحكامه.

(٤) الخصائص الكبرى ٢:٢٤٨.

(٥) الأحزاب: ٥٠.

(٦) الخصائص الكبرى ٢: ٢٤٧.

(٧) الأحزاب: ٥٠.

. . . .

ولو جرد نكاحه عن ذكر المهر، فهل يجب مهر بالدخول كغيره أم لا؟ ـ إذ ليس من لوازم نكاحه ـ فيه وجهان.

ج: أُبيح له ترك القسم بين زوجاته، فاذا كانت عند واحدة ليلة لم يلزمه أن يبيت عند كل واحدة مثلها، لقوله تعالى: ﴿تُرجي من تشاء منهنّ وتُؤي إليك من تشاء﴾[1] اي تؤخر من تشاء وتترك مضاجعته، وتضم إليك من تشاء وتضاجعه.

وأحد الوجهين للشافعية: أنه كغيره في وجوب القسم[2]، وبناؤهما على أن النكاح في حقه صلّى الله عليه وآله هل هو كالتسري في حقنا، فان قلنا:نعم، لم ينحصر عدد منكوحاته ولا طلاقه، وانعقد نكاحه بلفظ الهبة ومعناها، وبغير وليّ وشهود، وفي الاحرام، ولم يجب عليه القسم، وإلا انعكس الحكم.

وليس بشيء، بل المتّبع في ذلك النصوص الواردة[3]، والآية تنفي وجوب القسم فينتفي.

د: أُبيح له اصطفاء ما يختاره من الغنيمة قبل القسمة، كجارية حسناء، وثوب مرتفع، وفرس جواد وغير ذلك، ويقال لِما اختاره:الصفي والصفية والجمع الصفايا ومن صفاياه صلّى الله عليه وآله: صفية بنت حُيَيّ بن أخطب ـ اصطفاها وأعتقها وتزوجها ـ وذو الفقار، وعندنا أن الامام عليه السلام كالنبي في ذلك.

هـ: أُبيح له الوصال، وهو حرام على غيره، قال في التذكرة: ومعناه أن يطوي الليل بلا أكل ولا شرب مع صيام النهار، لا أن يكون صائماً، لأن الصوم في الليل لا ينعقد، بل إذا دخل الليل صار الصائم مفطراً اجماعاً، فلما نهى النبي صلّى الله عليه وآله أُمته عن الوصال، قيل له: إنك تواصل؟ فقال: إني لست كأحدكم، إني أظل عند

---

(١) الأحزاب: ٥١.

(٢) كفاية الاخيار ٢: ٤٧، الخصائص الكبرى ٢: ٢٤٧.

(٣) أنظر التهذيب ٧: ٤١٩ حديث ٦٧٩، الاستبصار ٣: ٢٤٢ حديث ٨٦٦.

ربي يطعمني ويسقيني[1]، هذا كلامه.

وفيه نظر، لأن الظاهر أن الأكل ليلاً لا يجب، وقد صرح هو بذلك في المنتهى، فقال: لو أمسك عن الطعام يومين لابنيّة الصيام بل بنية الافطار وقته، فالأقوى فيه عدم التحريم، هذا كلامه[2].

إن الصوم لا ينعقد في الليل، لا محصّل له، لأن الحرام لا ينعقد، فان الصوم العيد حرام مع أنه لا ينعقد، ولو انعقد لم يكن حراماً، لأن النهي في العبادات يدل على الفساد، وإنما المراد أن الامساك على قصد الصوم حرام.

وقد بينا فيما سبق: أن الأصح عندنا أن الوصال: تأخير العشاء إلى السحور.

واعلم: أن المراد بقوله صلّى الله عليه وآله «أظل عند ربي يطعمني ويسقيني» أنه يقوّيه على الصوم ويغنيه عن الطعام والشراب ويغذيه بوحيه، وليس المراد الأكل والشرب حقيقة، وإلّا لم يكن مواصلاً.

و: أُبيح له أن يأخذ الطعام والشراب من مالكهما وإن كان مضطراً إليهما، لأن حفظ نفسه المقدسة أحق من حفظ نفس غيره، ويجب على المالك البذل، وأن يفدي بمهجته مهجة رسول الله صلّى الله عليه وآله، فانه أولى بالمؤمنين من أنفسهم، واقتصر المصنف على ذكر الماء، ولا فرق بينه وبين سائر ما يطعم وما يشرب عند الضرورة إليه.

وينبغى أن يكون الامام عليه السلام كذلك، كما يرشد إليه التعليل، ولم أقف على تصريح في ذلك.

---

(١) التذكرة ٢: ٥٦٧، وروى الحديث الشيخ الصدوق في الفقيه ٢: ١١١ حديث ٨.

(٢) منتهى المطلب ٢: ٦١٧.

. . . .

ز:وأُبيح له صلّى الله عليه وآله أن يحمي لنفسه الأرض لرعي ماشيته، وكان حراماً على من قبله من الأنبياء عليهم السلام، وهذا عندنا مشترك بينه وبين الأئمة عليهم السلام كما سبق في[1] إحياء الموات،وقول المصنف في التذكرة: والأئمة بعده ليس لهم أن يحموا لأنفسهم[2]، ليس جارياً على مذهبنا.

ح: أُبيح لنا وله الغنائم، وكانت حراماً على من قبله من الأنبياء، وكانوا مأمورين بجمعها، فتنزل نار من السماء فتأكلها.

ط: أُبيح لنا وله جعل الأرض مسجداً وترابها طهوراً، ولم يكن ذلك للأنبياء السالفة، وإنما كان لعباداتهم مواضع مخصوصة لا يتعبدون في غيرها.

واعلم: أن قول المصنف: (وجعل الأرض مسجداً) يمكن أن يكون مصدراً معطوفاً على فاعل (أُبيح) ويمكن أن يجعل فعلاً ما ضياً على حد:

.... ولا أرضَ أبقَلَ إبقالها[3].

ي: أُبيح له دخول مكة بغير إحرام، بخلاف أُمته، فان غير المعذور منهم يتعيّن عليه الاحرام على خلاف.

يا: أُبيح له إذا وقع بصره على امرأة ورغب في نكاحها أن ينكحها، بحيث أنها إن كانت خليّة وجب عليها الاجابة وحرم على غيره خطبتها، وإن كانت ذات زوج وجب على الزوج طلاقها لينكحها، ودليل ذلك قضية زيد[4].

---

(١) لفظ (في) لم يرد في «ش» و«ض »واثبتناه من النسخة الحجرية.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٦٧.

(٣) نسب هذا البيت الجوهري في صحاحه ٤: ١٦٣٧ بقل، إلى عامر بن جوين الطائي، وصدره:

فلامزنة ودقت ودقها ....

(٤) أُنظر تمام قضية زيد في أحكام القران للقرطبي ١٤: ١٩٠.

وجعلت ازواجه أُمهات المؤمنين، بمعنىٰ تحريم نكاحهن على غيره، سواء فارقهن بموت أو فسخ أو طلاق، لا لتسميتهن امهات، ولا لتسميته عليه السلام أباً، وبعث الى الكافة وبقيت معجزته وهي القرآن الى يوم

ولعل السر فيه من جانب الزوج امتحان إيمانه[1] واعتقاده بتكليفه النزول عن أهله، ومن جانبه صلّى الله عليه وآله ابتلاؤه ببلية البشرية ومنعه من خائنة الأعين وإضمار ما يخالف الاظهار، ولا شيء أدعى إلى غض البصر وحفظه عن اللمحات الاتفاقية من هذا التكليف.

ولهذا قال بعضهم[2]: إن هذا الحكم ليس من باب التخفيفات ـ وإن عده الفقهاء من جملتها ـ بل هو في حقه صلّى الله عليه وآله غاية التشديد، إذ لو كلّف بهذا آحاد الناس لما فتحوا أعينهم في الشوارع والطرق، وقد روي أن عائشة قالت: لو كان صلّى الله عليه وآله يخفي آية لأخفى هذه[3].

وهاتان الخاصتان ذكرهما المصنف رحمه الله في آخر الباب، وهما معدودتان من التخفيفات، وكذا صنع في التذكرة[4]، لا كما هنا.

قوله: (وجُعلت أزواجه أُمهات المؤمنين ـ بمعنى: تحريم نكاحهن على غيره، سواء فارقهنّ بموت أو فسخ أوطلاق، لا لتسميتهنّ أُمهات، ولا لتسميته عليه السلام أباً ـ وبعث إلى الكافة، وبقيت معجزته وهي القرآن

---

(١) في «ض»: ولعل السر فيه من جانب الزوج ايمانه وامتحان قلبه.

(٢) المجموع ١٦: ١٤٣.

(٣) وهي قوله تعالى: ﴿وإذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه أمسك عليك زوجك واتق الله وتخفي في نفسك ما الله مبديه وتخشى الناس والله أحق أن تخشاه فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج ادعيائهم إذا قضوا منهن وطرا وكان امر الله مفعولا﴾ الاحزاب ٣٧. وروى هذا الحديث الطبري في تفسيره ٢٢: ١١.

(٤) التذكرة ٢: ٥٦٧.

القيامة.

وجعل خاتم النبيين، ونصر بالرعب، وكان العدو يرهبه من مسيرة شهر، وجعلت أُمته معصومة،وخص بالشفاعة.

وكان ينظر من ورائه كما ينظر من قدامه، بمعنى التحفظ والحس.

وكان تنام عينه ولا ينام قلبه كذلك.

وجعل ثواب نسائه مضاعفاً، وكذا عقابهن.

إلى يوم القيامة، وجُعل خاتم النبيين، ونصر بالرعب وكان العدوّ يرهبه من مسيرة شهر، وجُعلت أُمته معصومة، وخصّ بالشفاعة، وكان ينظر من ورائه كما ينظر من قدّامه ـ بمعنى: التحفظ والحس ـ وكان تنام عينه ولا ينام قلبه كذلك، وجعل ثواب نسائه مضاعفاً وكذا عقابهنّ).

قد ذكر من الفضائل والكرامات في النكاح وغيره عشرة أُمور:

أ: أنه قد جعلت أزواجه صلّى الله عليه وآله وسلّم أُمهات المؤمنين، سواء فيه من ماتت تحت النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم، ومن مات النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم وهي تحته، لعموم الآية.

وليست الأُمومة هنا حقيقة، بل المراد تحريم نكاحهنّ ووجوب احترامهنّ، لا أنه يحل النظر إليهنّ ولا الخلوة بهنّ ولا المسافرة، ولا يقال لبناتهن: أخوات المؤمنين، فانهن لا يحرمن عليهم، فقد زوج رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم فاطمة عليها السلام بعلي عليه السلام.

وكذا لا يقال لآبائهنّ وأُمهاتهن: أجداد المؤمنين وجدّاتهم، ولا لاخوانهنّ وأخواتهنّ: أخوال وخالات ـ ولبعض الشافعية[1] وجه في إطلاق ذلك لا يعتدّ به ـ وكذا هو صلّى الله عليه وآله وسلم لا يسمّى أباً حقيقة، بحيث تثبت أحكام الأُبوّة بالنسبة

---

(١) مختصر المزني: ١٦٣.

. . . .

إليه، وإنما هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم.

وقول المصنف: (لا لتسميتهنّ أمهات...) المراد: عدم التسمية حقيقة، وإنما المراد من إطلاق هذا اللفظ معنى مجازي.

ب: أنه بعث إلى كافة العالمين بشيراً ونذيراً، قال الله تعالى: ﴿تبارك الذي نزّل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيراً﴾[1].

ج: أنه بقيت معجزته ـ وهي القرآن ـ إلى يوم القيامة، مصوناً بعده عن التبديل والتغيير، وأُقيم بعده حجة على الناس، ومعجزات غيره من الأنبياء انقرضت بانقراضهم.

د: أنه جعل خاتم النبيين صلّى الله عليه وعليهم بنص القرآن.

هـ: أنه نصر بالرعب من مسيرة شهر، وكان العدوّ يرهبه من مسيرة شهر.

و: أنه جعلت أُمته معصومة، روى عنه عليه السلام أنه قال: «لا تجتمع أُمتي على ضلالة»[2].

وفي عدّ هذا من الخصائص نظر، لأن الحديث غير معلوم الثبوت، وأُمته صلّى الله عليه وآله وسلم مع دخول المعصوم فيهم لا تجتمع على ضلالة، لكن باعتبار المعصوم فقط، ولا دخل لغيره في ذلك، وبدونه هم كسائر الأمم، على أن الأُمم الماضين مع أوصياء أنبيائهم كهذه الأُمة مع المعصوم، فلا اختصاص.

ز: أنه صلّى الله عليه وآله خُصّ بالشفاعة العامة، وبكونه أول شافع، وقد روي عنه صلّى الله عليه وآله أنه قال: «ادخرت شفاعتي لأهل الكبائر من أُمتي»[3].

---

(١) الفرقان: ١.

(٢) سنن ابن ماجة ٢: ١٣٠٣ حديث ٣٩٥٠.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٧٦ حديث ١٧٧٧.

ز: أقسام النكاح ثلاثة: دائم، ومنقطع، وملك يمين. ولنبدأ بالدائم ونتبعه بالاخرين إن شاء الله تعالى.

ح: أنه كان ينظر من ورائه كما ينظر من قدّامه، بمعنى أنهما سواء في التحفظ والحس.

ط: أنه كان تنام عينه ولا ينام قلبه، قال صلّى الله عليه وآله: «تنام عيناي ولا ينام قلبي»[1] والمراد: استواؤهما في التحفظ والحس، وهو معنى قول المصنف: (كذلك) أي: كونه ينام عينه ولا تنام قلبه، ككونه ينظر من ورائه كما ينظر من قدّامه.

فعلى هذا لا ينتقض وضوءه بالنوم، فيحصل باعتبار ذلك خاصية أُخرى، وقد عدّها المصنف في التذكرة في التخفيفات، حيث أنه لا يجب عليه الوضوء بالنوم[2].

ي: أنه جعل ثواب نسائه مضاعفاً، وكذا عقابهنّ جعل مضاعفاً، وفي ذلك تفضيل وتمييز راجع اليه صلّى الله عليه وآله، وقد نطق القرآن بذلك في قوله تعالى: ﴿يانساء النبي من يأت منكنّ بفاحشة مبيّنة﴾[3] إلى آخر الآيتين.

قوله: (ز: أقسام النكاح ثلاثة: دائم، ومنقطع، وملك يمين، ولنبدأ بالدائم ونتبعه بالآخرين إن شاء الله تعالى).

المبحث السابع: النكاح ينقسم إلى ثلاثة أقسام: دائم، ومنقطع، وملك يمين، والانقسام إلى ذلك ظاهر.

ولقائل أن يقول: إنه قد سبق أن النكاح إما العقد أو الوطء، وكلّ واحد منهما

---

(١) سنن البيهقي ٧: ٦٢، مسند أحمد ١: ٢٢٠.

(٢) التذكرة ٢: ٥٦٨.

(٣) الأحزاب: ٣٠.

الباب الثاني: في العقد، وفيه فصلان:

الأول: في أركانه، وهي ثلاثة:

الأوّل: الصيغة، ولا بد فيه من ايجاب وقبول.

والفاظ الايجاب: زوجتك، وانكحتك، ومتعتك. والقبول: قبلت

لا ينقسم إلى الأقسام الثلاثة.

أما العقد فظاهر، لأن نفس ملك اليمين لا يعدّ عقداً، وسببه إما بيع أو إرث أو ما جرى مجراهـا من الأسباب المملّكة، ولا يعدّ شيء من ذلك نكاحاً بواحد من المعنيين، وربما لم يكن عقداً أصلاً.

وأما الوطء، فانه بنفسه لا يكون دائماً ومنقطعاً وملك يمين، نعم يكون وطأً عن عقد دائم، ووطأً عن عقد منقطع، ووطأً عن ملك يمين.

وتنزيل العبارة على ذلك يحتاج إلى تكلّف حذف كثير، وارتكاب مالا يدل عليه اللفظ بوجه،فيكون التقدير: أقسام الوطء ثلاثة: وطء عن عقد دائم، ووطء عن عقد منقطع، ووطء عن ملك يمين.

هذا مع أن المقصود بالبحث إنما هو عقد النكاح بقسميه ونفس ملك اليمين، وإن كان يجري في خلاله البحث عن الوطء، فالعبارة لا تخلو من شيء.

ثم إن النكـاح الـدائم هو أصل الباب وعمدته، وهو المطلوب غالباً، فبدأ المصنّفون ببيانه وبيان أحكامه، وأتبعوه بالآخرين توفيراً على كلّ منهما مقتضاه، وعلى ذلك جرى المصنف.

قوله: (الباب الثاني: في العقد، وفيه فصلان:

الأول: في أركانه، وهي ثلاثة:

الصيغـة، ولا بدّ فيه من أيجاب وقبول.

وألفاظ الايجاب: زوجتك وأنكحتك ومتعتك، والقبول:قبلت النكاح

النكاح، أو التزويج أو المتعة.

ولو اقتصر على قبلت صح النكاح، وكذا لو تغايرا، مثل زوجتك، فيقول: قبلت النكاح.

أو التزويج أو المتعة،ولو اقتصر على قبلت صح،وكذا لو تغايرا مثل:زوجتك فيقول قبلت النكاح).

لا ريب أن الباب الثاني معقود للعقد الدائم والبحث عنه، وهو المراد بقوله: (الباب الثاني في العقد) بدليل ما تقدم من قوله: (ولنبدأ بالدائم).

فالمراد بقوله: (الأول في أركانه) أركان هذا العقد، وقد عدّ منها (المحل) و(العاقد) وفي عد كلّ واحد منها ركناً للعقد توسع، لأن الركن هو الجزء الأقوى، وليس واحداً منها جزءاً، وكأنه يريد بالركن هنا: ما لابدّ منه في صحة العقد، ولا ريب أنه الصيغة والمتعاقدان.

وقد خصّ المصنف الزوج بكونه عاقداً والمرأة بكونها محلاً، وفيه بحث، فان كلّ واحد منها عاقد بنفسه أو بوكيله، وكل واحد منها محل للعقد والزوجية، وإن كانت المرأة محلّ الوطء، إلاّ أنه غير مراد هنا.

اذا عرفت ذلك فاعلم: أن صيغة النكاح هي العقد، وهو الايجاب والقبول، وألفاظ الايجاب ثلاثة: زوجتك، وأنكحتك ـ ولا خلاف بين علماء الاسلام في الاكتفاء بالايجاب بأحدهما وقد ورد القرآن بهما في قوله تعالى: ﴿فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها﴾[1] وقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾[2] ـ ومتعتك، وفي الانعقاد به عندنا قولان:

---

(١) الأحزاب: ٣٧.

(٢) النساء: ٢٢.

. . . .

أحدهما: ـ وهو قول الأكثر[١]، واختاره المصنف في التذكرة[٢] والمختلف[٣] ـ أنه لا ينعقد به، لأن حقيقته في النكاح المنقطع، فيكون مجازاً في الدائم، والعقود اللازمة لا تقع بالألفاظ المجازية، خصوصاً النكاح، فانه نوع عبادة، والفاظ العبادات متلقاة من الشارع، ولأن الأصل تحريم الفرج، فيستصحب إلى أن يحصل سبب الحل، وهو الثابت شرعاً دون المختلف فيه.

والثاني: الانعقاد، واختاره المصنف هنا وفي الارشاد، لأن لفظ المتعة من ألفاظ النكاح، لكونه حقيقة في النكاح المنقطع، فهو من الألفاظ الصريحة في النكاح، وكون الأجل جزء مفهومه ـ فيكون استعماله في النكاح الدائم مجازاً ـ غير قادح، لأن هذا القدر من التفاوت لو نافى لم يصح الدائم بلفظ زوجتك، لأن الزواج حقيقة في القدر المشترك بين الدائم والمنقطع، فاستعماله في الدائم استعمال له في غير موضوعه.

فان قيل: الدائم لا يستفاد من زوجتك، بل من تجريد العقد عن ذكر الأجل مع إرادة الدوام.

قلنا: فان كان هذا كافياً من دون اللفظ في إفادة الدائم، فليكن مثله مع الايقاع بلفظ متعتك، هذا مع أن جمعاً من الأصحاب يقولون: بأنه متى أخل في المتعة بذكر الأجل انقلب دائماً[٤]، وهو موجود في رواية أبان بن تغلب[٥]، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

---

(١) منهم ابن الجنيد كما عنه في ايضاح الفوائد ٣:١٢، والسيد في الناصريات ضمن الجوامع الفقهية: ٢٤٦، والشيخ في المبسوط ٤:١٩٣، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٩١، وابن ادريس في السرائر: ٢٩٩.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٨١.

(٣) مختلف الشيعة: ٥٣٣.

(٤) منهم: التقي في الكافي: ٢٩٨، والمحقق في الشرائع ٢: ٢٧٣ والمختصر النافع ١: ١٨٣.

(٥) الكافي ٥: ٤٥٥ حديث ٣، التهذيب ٧: ٢٦٥حديث ١١٤٥، الاستبصار ٣: ١٥٠ حديث ٥٥١.

ولا بد من وقوعها بلفظ الماضي.

ولو قصد بلفظ الأمر الانشاء، قيل: يصح، كما في خبر سهل الساعدي.

وقد سبق في البيع أن الأصح وقوعه حالاً بلفظ السلم، وذكرنا توجيهه هناك، وبيّنا أن عدم الصحة إنما هو مع استعمال الألفاظ المجازية الأجنبية، وهذا قوي، والأول أحوط.

واما القبول ـ وهو: اللفظ الدال على الرضا بالايجاب، مثل تزوجت وقبلت ـ فان أتى به مقروناً بالنكاح أو التزويج مضافاً إليها، أو باسم الاشارة، كأن قال: قبلت نكاحها، أو قبلت هذا النكاح، صح إجماعا، وان اقتصر على قوله: قبلت النكاح أو قبلت خاصة صح عندنا، خلافاً لبعض الشافعية[1].

ولو اختلف اللفظ من الموجب والقابل ـ كأن قال: زوجتك، فقال: نكحتُ أو قبلتُ، أو بالعكس ـ صح العقد إجماعا، ذكره في التذكرة[2].

قوله: (ولا بد من وقوعها بلفظ الماضي، ولو قصد بلفظ الأمر الانشاء قيل: يصح، كما في خبر سهل الساعدي).

يعتبر في العقود اللازمة وقوع كل من الايجاب والقبول فيها بلفظ الماضي، لأنه الصريح في إنشاء المقصود من النكاح وغيره، فلا يقع بلفظ الأمر، لأنه حقيقة في الطلب.

والقول المذكور هو قول الشيخ رحمه الله[3].

والخبر هو ما رواه سهل الساعدي: أن امرأة أتت النبي صلّى الله عليه وآله، فقالت: يا رسول الله إني قد وهبتُ نفسي لكَ، فقامت قياماً طويلاً، فقام رجل فقال:

---

(١) الوجيز ٢:٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢:٥٨٢.

(٣) المبسوط ٤:١٩٤.

ولو قال: اتزوجك بلفظ المستقبل مُنشأ، فقالت: زوجتك جاز على رأي.

يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك فيها حاجة، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله: هل عندك من شيء تصدقها إياه؟ فقال: ما عندي إلاّ ازاري هذا، فقال النبي صلّى الله عليه وآله : إن أعطيتها إياه جلستَ ولا ازار لك، فالتمس شيئاً، فقال: ما أجد شيئاً، فقال التمس ولو كان خاتماً من حديد، فلم يجد شيئاً، فقال له رسول الله صلّى الله عليه وآله: هل معك من القرآن شيء؟ فقال: نعم سورة كذا وسورة كذا وسماها، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله: زوجتكها بما معك من القرآن[1].

وهذا الخبر كما يدل على جواز إيقاع النكاح بلفظ الأمر، كذا يدل على جواز تقديم القبول، إذ لم ينقل أنه بعد ذلك قبل.

وفيه نظر، لأن عدم النقل لا يدل على العدم، ومن الجائز أن الراوي اقتصر على حكاية ما عدا القبول، لعدم الاحتياج إلى حكايته، وليس في الخبر ما يدل على أنها صارت امرأته باللفظ المذكور، ولأن عدم إعادة القبول يستلزم جواز تخلل الكلام الكثير الأجنبي بين الايجاب والقبول، وعدم اعتبار الرضى بالايجاب في القبول فانه من المعلوم أنه لم يرد بزوجتها الرضى بتزويجه إياها على ما معه من القرآن.

والأصح عدم الجواز، لأن الأمر غير صريح في الانشاء للنكاح، وإنما هو حقيقة في طلب التزويج، فلا يكفي لانشائه تزوجتها.

والمراد بقول المصنف: (ولو قصد بلفظ الأمر الانشاء) انشاء النكاح، أي: ولو قصد بلفظ الأمر انشاء نكاحها، أي: قبول نكاحها والرضا به.

قوله: (ولو قال: أتزوجك بلفظ المستقبل ـ منشأً ـ فقالت: زوجتك، جاز على رأي).

---

(١) أُنظر: سنن النسائي ١١٣:٥، سنن أبي داود ٢٣٦:٢ حديث ٢١١١، سنن البيهقي ٢٤٢:٧.

ولو قال: زوجت بنتك من فلان، فقال: نعم بقصد اعادة اللفظ للانشاء، فقال الزوج: قبلت، صح على اشكال.

ولو قصد الاخبار كذباً لم ينعقد،

لو قال الزوج: أتزوجك بلفظ الاستقبال، مريداً به الانشاءللنكاح، فقالت: زوجتك، فقد حكى المصنف في المختلف قولاً لبعض الأصحاب أنه يصح[1]، احتجاجاً برواية أبان بن تغلب في المتعة: «أتزوجك متعة... فاذا قالت نعم فهي امرأتك»[2] ولا دلالة فيها، لأنه إذا كان المراد صيرورتها امرأته بهذا اللفظ لزم صحة المتعة بدون إيجاب، لأن نعم في جواب القبول لا يكون إيجاباً، وذلك باطل قطعاً، وإن كان المراد بلفظ آخر وهذا حكاية عنه، فلا دلالة على أن ذلك اللفظ بصيغة المستقبل، واختار في المختلف عدم الصحة[3]، وهو اختيار ابن حمزة[4] واكثر الأصحاب[5]، وهو الأصح اقتصاراً على محل اليقين.

قوله: (ولو قال: زوجت بنتك من فلان؟ فقال: نعم، بقصد إعادة اللفظ للانشاء، فقال الزوج: قبلت، صح على إشكال، ولو قصد الاخبار كذباً لم ينعقد).

أي: لو قال المتوسط للولي: زوجتَ بنتك من فلان؟ فقال: نعم، قاصداً كون اللفظ المفاد بنعم للانشاء على أنه إيجاب، فقال الزوج: قبلتُ، ففي صحة النكاح إشكال، ينشأ:

---

(١) مختلف الشيعة:٥٣٣، والمراد من بعض الاصحاب ظاهرا هو المحقق في الشرائع ٢:٢٧٣.

(٢) الكافي ٥:٤٥٥ حديث ٣، التهذيب ٧:٢٦٥ حديث ١١٤٥، الاستبصار ٣:١٥٠ حديث ٥٥١، وفي المصادر كلها: «...فاذا قالت نعم فقد رضيت فهي امرأتك».

(٣) المختلف:٥٣٣.

(٤) الوسيلة:٣٤٢.

(٥) منهم ابن سعيد في الجامع للشرائع:٤٣٧، وفخر المحققين ٣:١٣.

ويصح مع تقديم القبول بأن يقول: تزوجتك، فتقول: زوجتك.

من أن نعم من ألفاظ الجواب يحذف بعدها الجملة، وهي جملة السؤال بعينها، فاذا قصد الانشاء فقد أوجب، لأنه في قوة نعم زوجت بنتي من فلان، فاذا قبل فقد كمل العقد، فكان صحيحاً.

ومن حيث إنّ جزء العقد غير مذكور، وكونه في قوة المذكور ـ باعتبار وجود ما يدل عليه ويقـوم مقـامه ـ لا يصيّره مذكوراً، والعقود متلقاة من الشارع خصوصاً النكاح، لأن أمر الفروج مبني على الاحتياط التام، فلايكفي مطلق اللفظ الدال على المراد، وإلاّ لم تنحصر ألفاظ العقود، وهذا أصح.

ولو قصد الولي الاخبار كذباً لم ينعقد النكاح به ولو قال الزوج قبلت قطعا، وينبغي على الصحة ان يقبل قول الولي في ذلك، لأن اللفظ يحتمل كلّا من الأمرين على حد سواء.

ولو صرح بارادة الاقرار فلا زوجية في نفس الأمر إن لم يكن مطابقاً للواقع، وهل يحكم به ظاهراً بالنسبة إلى البنت؟ فيه احتمال، وينبغي أن يكون القول قولها بيمينها ظاهراً إذا ادعت كذب الولي في إقراره، وهل لها ذلك فيما بينها وبين الله تعالى إذا لم يعلم الحال فيه؟ نظر، ينشأ:

من أصالة العدم، وأن الاقرار لا ينفذ في حق الغير ، ولو لا ذلك لنفذ دعواه الاستدانة له وإنشاء بيع أمواله ونحو ذلك.

ومن أن إنشاء النكاح في وقت ثبوت الولاية فعله، وهو مسلط عليه، فينفذ فيه إقراره، وينبغي التأمل لذلك.

قوله: (ويصح تقديم القبول، بأن يقول: تزوجتك،فتقول: زوجتك).

صرح الشيخ في المبسوط بجواز تقديم القبول على الايجاب في النكاح، بأن يقـول الزوج: زوجنيها، فيقول الولي حينئذ زوجتكها، وادعى على ذلك الاجماع،

ولا يصح بغير العربية مع القدرة، ويجوز مع العجز، ولو عجز أحدهما تكلم كل بلغته.

وينبه عليه: أن العقد هو الايجاب والقبول،والتقديم والتأخير غير مخل بالمقصود.

وقد يفرق بين النكاح وسائر العقود: بأن الايجاب يصح عندنا من المرأة، وهي تستحي غالباً، فيمنعها الحياء من الابتداء بالايجاب، فاذا ابتدأ الزوج بالقبول المتضمن لكلّ ما يطلب وقوع الايجاب عليه من مهر وغيره، خفت عليها المؤنة، ولم يفت المطلوب، ثم بقي جواز التقديم في العقد مع وكيل المرأة ووليها طرداً للباب.

ويحتمل عدم الصحة، لأن القبول إنما يكون للايجاب، فمتى وجد قبله لم يكن قبولاً، لعدم حصول[1] معناه، إذ ليس ثم إيجاب يتقبل، فيكون قبولاً لما ليس بموجود، والأسباب الشرعية إنما تستفاد بالتلقي من الشرع، وهو قول أحمد[2] من العامة، وقد نفى المصنف في التذكرة[3] البأس عن هذا القول، وعدم الصحة لا يخلو من قوة.

قوله: (ولا يصح بغير العربية مع القدرة، ويجوز مع العجز، ولو عجز احدهما تكلم كلّ بلغته).

لما كانت العقود أسباباً شرعية لأمور مطلوبة لا يحصل بدونها، وجب الاقتصار فيها على ما علم شرعا كونه سبباً، والذي علم وقوعه من صاحب الشرع هو العقد بلفظ العربية، فلا ينعقد النكاح وغيره من العقود اللازمة بغيرها من اللغات كالفارسية، مع معرفة العاقد وتمكنه من النطق، ذهب إلى ذلك أكثر الأصحاب[4].

وقال ابن حمزة: إن قدر المتعاقدان على القبول والايجاب بالعربية عقدا بها استحباباً[5].

---

(١) لفظ: حصول، لم يرد في «ض» و«ش» واثبتناه من الحجري وهو الأنسب.

(٢) أُنظر: المغني لابن قدامة ٧:٤٣٠، الشرح الكبير على متن المقنع ٧:٣٧٥.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢:٥٨٣.

(٤) منهم الشيخ في المبسوط ٤:١٩٣، والمحقق في الشرائع ٢:٢٧٣.

(٥) الوسيلة:٣٤٢.

. . . .

والأصح الأول، لما قلناه.

والاحتجاج له بأن غير العربية بالنسبة إلى العربية من قبيل المرادف، فصح أن يقام مقامها، كما يقام أحد المترادفين مقام الآخر، والالفاظ غير مقصودة بالذات، وإنما الغرض بها إيصال المعاني المقصودة إلى فهم الغير، فأي لفظ أدّى المعنى حصل به الغرض.

ضعيف، لتطرق المنع إليه، ولأنه لو صح ذلك لم يختص النكاح بلفظ، فينعقد بالمجازات والكنايات وإن بعدت، بل بالاشارة والكتابة، بل كل ما دل على الرضى كائناً ما كان، وهو معلوم البطلان.

وكما يشترط كون اللفظ عربياً بمادته، فكذا يعتبر كونه كذلك بصورته، بعين ما ذكرناه، فلا ينعقد بالمحرف والملحون.

هذا مع القدرة، أما مع العجز عنها، وعن التعلم[1] عادة: بأن يشق عليه كثيراً ـ لأن القادر على التعلّم بغير مشقة لا يعدّ عاجزاً عرفاً ويجب عليه، كما صرح به في التذكرة[2] ـ فانه يجوز العقد بغير العربية إجماعاً.

ولا يشترط العجز عن التوكيل على الظاهر للأصل، ولو لزمه من التعلّم فوات الغرض أو بعضه سقط اعتباره، وكذا نقول في جميع العقود اللازمة.

ولو عجز أحد المتعاقدين عن العربية دون الآخر، تعيّن نطق القادر بالعربية ـ إذ لا يسقط الميسور بالمعسور ـ وتكلم الآخر بلغته أو بغيرها من اللغات، لكن يشترط أن يفهم كل منهما كلام الآخر، وإلّا لم يكونا متخاطبين، وبه صرح المصنف في التذكرة[3]؛ فان لم يفهم أحدهما كلام الآخر، لكن أخبره ثقة عن معناه، ففي الاكتفاء

---

(١) في «ش»: أما مع العجز عن التعلم.

(٢) التذكرة ٢: ٥٨٢.

(٣) التذكرة ٢: ٥٨٢.

ولو عجزا عن النطق أو احدهما أشار بما يدل على القصد.

ولا ينعقـد بلفظ البيع، ولا الهبـة، ولا الصـدقة، ولا التمليك، ولا الاجارة، ذكر المهر أو لا، ولا الاباحة ولا العارية.

ولو قال: أتزوجني بنتك؟ فقال: زوجتك، لم ينعقد حتى يقبل، وكذا إن زوجتني ابنتك، وكذا جئتك خاطباً راغباً في بنتك، فيقول: زوجتك.

بذلك وجهان، للشك في صدق التخاطب على هذا الوجه.

قوله: (ولو عجزا عن النطق أو أحدهما أشار بما يدل على القصد).

لا فرق بين كون العجز لخرس أصلي أو لعارض طارئ، وحينئذ فتكفي الاشارة كما تكفي في التكبير والأذكار وسائر التصرفات القولية، وكأنه لا خلاف في ذلك، ولابدّ من كون الاشارة مفهمة للمراد دالة على القصد، وإلّا لم يعتد بها.

قوله: (ولا تنعقد بلفظ البيع ولا الهبة ولا الصدقة ولا التمليك ولا الاجارة ـ ذكر المهر أولا ـ ولا الاباحة ولا العارية).

لا خلاف في شيء من ذلك عندنا، وخالف بعض العامة[1]، فجوّز إيقاع العقد بلفظ الهبة والبيع والتمليك والصدقة، دون الاخلال والاباحة والعارية، وفي الاجارة عن أبي حنيفة[2] روايتان، وكل ذلك ليس بشيء.

قوله: (ولو قال: أتزوجني بنتك؟ فقال: زوجتك لم ينعقد حتى يقبل، وكذا: إن زوجتني ابنتك، وكذا: جئتك خاطباً راغباً في بنتك، فيقول: زوجتك).

أي: لو أتى بلفظ يدل على الرضا بالتزويج ـ كما لو أتى بلفظ الاستفهام

---

(١) أُنظر: المبسوط للسرخسي ٥:٥٩ و٦١، المغني لابن قدامة ٧:٤٢٩، الشرح الكبير على متن المقنع ٧:٣٧١.

(٢) المبسوط ٥:٦١، المغني ٧:٤٢٩، الشرح الكبير على متن المقنع ٧:٣٧١.

ولا ينعقد بالكتابة للعاجز إلّا أن تضم قرينة تدل على القصد.

ويشترط التنجيز، فلو علّقه لم يصح. واتحاد المجلس، فلو قالت: زوجت نفسي من فلان وهو غائب فبلغه فقبل لم ينعقد، وكذا لو أخر القبول مع الحضور بحيث لا يعد مطابقاً للايجاب.

فقال: أتزوجني ابنتك؟ فقال الولي: زوجتك ـ أو أتى بالشرط فقال: إن زوجتني ابنتك ويكون الجزاء محذوفاً مقدراً بقبلت ونحوه فقال: زوجتك، أو قال الزوج: جئتك خاطباً راغبا في بنتك فقال الولي: زوجتك.

فانه لا ينعقد النكاح في ذلك كلّه حتى يأتي الزوج بالقبول بعد الايجاب، لأن المتقدم لا يصلح للقبول وإن قصد به الانشاء، لبعده عن شبهه.

قوله: (ولا ينعقد بالكتابة للعاجز إلّا أن تنضم قرينة تدل على القصد).

لا ريب عندنا في أن الكتابة لا تكفي في إيقاع عقد النكاح للمختار، لأن الكتابة كناية والنكاح لا يقع بالكنايات، وكذا لا يكفي في حق العاجز، فلو كتب الولي صورة الايجاب أو الزوج صورة القبول عند عجزه عن النطق لم يعتد، بذلك ما لم تدل القرينة على القصد إلى إيقاع النكاح بذلك، فان الكتابة قد تصدر لا عن قصد النكاح.

قوله: (ويشترط: التنجيز فلو علقه لم يصح، واتحاد المجلس فلو قالت:زوجت نفسي من فلان وهو غائب فبلغه فقبل لم ينعقد،وكذا لو أخّر القبول مع الحضور بحيث لا يعدّ مطابقاً للايجاب).

يشترط في عقد النكاح التنجيز قطعاً، لانتفاء الجزم بدونه، فيبطل ولو علقه بأمر[1] محتمل أو متوقع الحصول.

---

(١) في «ض»: فلا ينعقد لو علقه بفعل.

ولو أوجب ثم جن أو اغمي عليه قبل القبول بطل.

ولو زوجها الولي افتقر إلى تعيينها إما بالاشارة، أو بالاسم، أو بالوصف الرافع للاشتراك، فلو زوجه احدى بنتيه أو هذا الحمل لم يصح.

وكذا يشترط اتحاد مجلس الايجاب والقبول، فلو تعدد المجلس ـ كما لو قالت الزوجة: زوجت نفسي من فلان وهو غائب، فبلغه فقبل ـ لم يصح قطعاً، لأن العقود اللازمة لا بد فيها من وقوع القبول على الفور عادة، بحيث يعدّ جواباً للايجاب.

وكذا لو تخلل بينهما كلام آخر أجنبي، وجوّز الشافعي أن يخطب الزوج قبل القبول كما يخطب الولي قبل الايجاب[1]، وقال الشيخ رحمه الله: لا نعرف لأصحابنا ذلك[2]، فالمذهب بطلان العقد بتخلل ذلك.

قوله: (ولو أوجب ثم جُنّ أو أُغمي عليه قبل القبول بطل).

وكذا القول في كل عقد لازم، ووجهه: أن الايجاب وحده لا يتحقق به اللزوم، فاذا خرج الموجب عن أهلية التصرف امتنع إنشاء ما ينعقد به النكاح حينئذ، كما لو وكل ثم جُنّ أو وَهب ثم جُنّ قبل الاقباض.

وكذا القول في كل مانع من صحة التصرف، أما النوم فانه لا يبطل حكم الايجاب إن لم يطل الزمان، لأنه لا يبطل العقود الجائزة، والايجاب في العقد اللازم بمنزلتها، ولو طال الزمان حتى عُدّ فاصلاً بين الايجاب والقبول لم يصح، كذا قال المصنف في التذكرة[3]، وهو يقتضي ألّا يجوز الاتيان بالقبول بعد عروض النوم للموجب حتى يستيقظ، وهو محتمل.

قوله: (ولو زوجها الولي افتقر إلى تعيينها،إما بالاشارة أو بالاسم أو بالوصف الرافع للاشتراك، فلو زوجه إحدى ابنتيه أو هذا الحمل لم يصح).

---

(١) المجموع ١٦:٢٠٨.

(٢) المبسوط ٤:١٩٥.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢:٥٨٢.

. . . .

يشترط في كل من الزوجين أن يكون معيناً إجماعا، وينبّه عليه أن كل عاقد ومعقود عليه لا بد من تعيينها كالمشتري والمبيع، ولامتناع تعلق النكاح واستحقاق الاستمتاع بغير معيَّن، والتعيين إنما يحصل بأُمور ثلاثة[1].

الاشارة المميزة، كما لو كانت المرأة حاضرة فقال الولي: زوجتك هذه المرأة،أو هذه وهذه فلانة، فان الاشارة كافية في التخصيص والزيادة تأكيد، وكذا تكفي الاشارة في تعيين الزوج.

ولو لم تكن حاضرة افتقر إلى ذكر اسمها المميز لها أو وصفها المميز أيضا، كأن يقول: زوجتك بنتي فاطمة إن كان له غيرها،وإلّا كفى قوله زوجتك بنتي.

ولو قال: زوجتك التي في الدار وليس فيها غيرها صح أيضاً لحصول الوصف الخاص، ولو تميزت بنات شخص باللون أو السن، فقال: زوجتك بنتي البيضاء أو السمراء أو الكبرى أو الصغرى أو الوسطى مثلاً صح، إذا كان الوصف مختصاً بواحدة.

ولو قال: زوجتك هذه فاطمة وأشار إليها وكان اسمها زينب، ففي صحة العقد وجهان: أحدهما الصحة لوجود الاشارة فيُلغى الاسم، والعدم لانتفاء المساة بفاطمة، ومثله ما لو قال: بعتك فرسي هذا وهي بغل، وزوجتك هذا الغلام وهو بنت.

ولو قال: زوجتك فاطمة ولم يعيّن، فان نوى معينة وعرفها الزوج وقبل نكاحها صح عندنا ـ وإن لم يصر السامع شاهداً، نعم لو تصادقا بعد العقد على قصدها أمكن القول بصيرورته شاهداً حينئذٍ ـ ولو لم ينو معينة على الوجه المذكور لم يصح.

إذا عرفت هذا فاذا زوجه إحدى ابنتيه لم يصح، وكذا لو زوجه الحمل، لأن الأحكام الشرعية لا تجري على الحمل إلّا بعد تولده، فلا يصح البيع له ولا الشراء

---

(١) وهي: الاشارة والاسم والوصف، كما في المتن، ولم يذكر الشارح هذه الأُمور الثلاثة منفصلة.

ولو كان له عدة بنات فزوجه واحدة منهن، ولم يذكر اسمها حين العقد، فإن لم يقصد معينة بطل، وإن قصد صح.

فإن اختلفا في المعقود عليها، فإن كان الزوج قد رآهن كلهن فالقول قول الأب لأن الظاهر أنه وكل التعيين إليه، وعليه أن يسلم اليه المنوية. فلو مات قبل البيان أُقرع وإن لم يكن رآهن بطل العقد.

ولا غير ذلك.

قوله: (ولو كان له عدة بنات فزوجه واحدة منهن ولم يذكر اسمها حين العقد، فان لم يقصد معينة بطل، وإن قصد صح، فان اختلفا في المعقود عليها، فان كان الزوج قد رآهن كلّهن فالقول قول الأب، لأن الظاهر أنه وكلّ التعيين إليه، وعليه أن يسلم إليه المنوية، ولو مات قبل البيان أُقرع، وإن لم يكن رآهن بطل).

لو كان لرجل عدة بنات، فزوج واحدة منهن ولم يسمّها عند العقد، فان لم يقصد واحدة منهن بعينها بطل العقد قطعاً، وقد سبق تعريفه.

وإن قصد، فقد أطلق المصنف الصحة، وهو واضح إذا عرف الزوج ما نواه الأب وقبل نكاحها، لتوارد الايجاب والقبول حينئذ على شيء واحد. أما إذا لم يعرف ما نواه ولم يقصد ما قصده فيبطل، لا ختلاف مورد الايجاب والقبول.

ولو لم يعرف لكنه قبل نكاح من قصدها الأب، فمقتضى ما سيأتي، مضافاً الى مفاد إطلاق قوله: (وإن قصد صح) الصحة، وبه صرح في التذكرة[1]، لكنه يشرط أن يكون الزوج قد رآهن.

فان اختلفا ـ أعني: الأب والزوج في المعقود عليها ـ فان كان الزوج قد رآهن كلهن ـ أي: جميع البنات ـ فالقول قول الأب، لرواية أبي عبيدة عن الباقر عليه السلام،

---

(١) التذكرة ٢: ٥٨٤.

. . . .

قال: سألته عن رجل كنّ له ثلاث بنات، فزوج إحداهن رجلاً ولم يسم التي زوج للزوج ولا للشهود وقد كان الزوج فرض لها صداقاً. فلما بلغ أن يدخل بها على الزوج، وبلغ الزوج أنها الكبرى، فقال الزوج: إنما تزوجت بنتك الصغيرة من بناتك، فقال الباقر عليه السلام: «إن كان الزوج رآهن ولم يسم له واحدة منهن، فالقول في ذلك قول الأب، وعلى الأب فيما بينه وبين الله تعالى أن يدفع إلى الزوج الجارية التي نوى أن يزوجها إياه عند عقد النكاح، وإن كان الزوج لم يرهنّ كلهنّ، ولم يسم له واحدة منهن عند عقدة النكاح، فالنكاح باطل»[1].

قال المصنف في المختلف: والتخريج لهذه الرواية أن الزوج إذا كان قد رآهن كلهنّ، فقد رضي بما يعقد عليه الأب منهنّ ورضي باختياره. ووكل الأمر إليه، وكان في الحقيقة وكيله، وقد نوى الأب واحدة معينة، فصرف العقد إليها، وإن لم يكن قد رآهن، كان العقد باطلاً، لعدم رضى الزوج بما يسمّيه الأب ويعينه في ضميره، والأصل في ذلك أن نقول: إن كان الأب قد نوى واحدة بعينها، وكانت رؤية الزوج لهنّ دليلاً على الرضى بما يعيّنه صح العقد، وكان القول قول الأب فيما يدعيه، وإلاّ فلا[2].

هذا كلامه، وهو المراد بقوله هنا: (لأن الظاهر أنه وكل التعيين إليه).

ومحصّله يرجع إلى أن الزوج إذا قبل نكاح التي أوجب الأب نكاحها، راضياً بتعيين الأب عن تعيينه، صح مع رؤية الزوج إياهن لا بدونها، لأنه مع الرؤية يتحقق رضاه بتعيين الأب لا بدونها، وحينئذ فوجه تقديم قول الأب أن الاختلاف في فعله وتعيينه، فالقول قوله في ذلك، لأنه أعلم به.

لكن لا يخفى أن ما ادعاه غير واضح، لأنه لاملازمة بين الرؤية والرضا بتعيين

---

(١) الكافي ٤١٢:٥ حديث ١، الفقيه ٢٦٧:٣ حديث ١٢٦٨، التهذيب ٣٩٣:٢ حديث ١٥٧٤.
(٢) المختلف:٥٣٩.

. . . .

الأب، وبين عدمها وعدم الرضا بتعيينه.

ولو نزلت الرواية على أن الرؤية دلت على الرضا بمن يعيّنها الأب وعدمها على العدم، كان تنزيلاً للفظ الرواية على ما لا يحتمل، وتخصيصاً لها بما لم يصرح به أحد من الأصحاب، لأن العاملين بها أجروها على ظاهرها.

والتنزيل المذكور يتضمن جواز قبول نكاح من قصد الولي أو الوكيل لعدة نساء أنكحها بالايجاب، من غير أن يعرف قصده ولو لم يكن قد رآهن، وفيه خروج عن صريح الرواية.

وعبارة جمع من الأصحاب، وارتكاب ما لا يدل عليه دليل، وهو تجويز: النكاح في هذه الحالة مع عدم رؤية المعقود على إحداهن، على أن التزام صحة قبول نكاح من ليست معينة عنده مع عدم نهوض دليل، أخطر من ردّ الرواية.

وإنما قلنا إنه لم ينهض عليه دليل، لأن الرواية لا تدل عليه، إلّا إذا نُزّلت على ما ذكره المصنف، وهو خلاف ظاهرها.

وذهب ابن ادريس إلى بطلان النكاح مع الرؤية وبدونها، لأن العقد إنما يصح على معينة[1].

فان قيل: هذا يقتضي ردّ الرواية.

قلنا: ظاهرها مخالف لأُصول المذهب، وتنزيلها قد عرفت ما فيه، فقول ابن ادريس لا يخلو من قوة، ولو عملنا بالرواية فلا ريب في أنه يجب على الأب فيما بينه وبين الله تعالى أن يسلّم إلى الزوج المعقود عليها.

ولو مات الأب قبل البيان فلا طريق إلّا القرعة، لأنه أمر مشكل. وعلى قبول قول الأب ـ على القول به بغير يمين أو مطلقاً ـ الرواية، وعبارات الأصحاب خالية

---

(١) السرائر:٢٩٩.

الثـاني: المحـل: وهـو كل امـرأة يباح العقد عليها، وسيأتي ذكر المحرمات إن شاء الله تعالى.

الثالث: العاقد: وهو الزوج أو وليه،والمرأة أو وليها.وكما يجوز للمرأة أن تتولى عقدها، فكذا لها أن تتولى عقد غيرها زوجاً أو زوجة.

منه، وعموم الدليل الدال على اعتبار حجة اليمين ممن قوي جانبه يقتضيه، وهو محتمل.

قوله: (الثاني: المحل، وهو: كلّ امرأة يُباح العقد عليها، وسيأتي ذكر المحرمات إن شاء الله تعالى.

الثالث: العاقد، وهو: الزوج أو وليه، والمرأة أو وليها، وكما يجوز للمرأة أن تتولى عقدها فكذا لها أن تتولى عقد غيرها، زوجاً أو زوجة).

قد عدّ المرأة ركناً ثانياً حيث أنها محل، وعدّها من جملة الركن الثالث حيث عدها أحد العاقدين، ولا بعد في كون الشيء ركناً باعتبار وركناً آخر باعتبار آخر.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن المرأة يجوز لها أن تُزوّج نفسها إذا كانت ثيباً جائزة التصرف باتفاق علمائنا، وكذا إذا كانت بكراً وعضلها الولي، واختلفوا في البكر إذا لم يعضلها الولي، وسيأتي تحقيقة إن شاء الله تعالى، وأن الأصح أنها مع بلوغها ورشدها لها الاستقلال بالعقد على نفسها.

وكما يجوز للمرأة أن تعقد على نفسها، فكذا لها أن تتولّى عقد غيرها بالوكالة إيجاباً وقبولاً، لأن عبارتها في النكاح كعبارتها في سائر العقود، ومنع من ذلك الشافعي وجمع من العامة، وقالوا: إن عبارتها في النكاح لا اعتبار بها إيجاباً وقبولاً لنفسها ولغيرها[١]، وجوّزه أبو حنيفة وجماعة[٢].

---

(١) أُنظر: المجموع ١٦:١٥٤، كفاية الأخيار ٢:٣٠، المغني لابن قدامة ٧:٣٣٧، المبسوط ٥:١٠.

(٢) أُنظر: المجموع ١٦:١٥٤، المغني لابن قدامة ٧:٣٣٧، بداية المجتهد ٢:٨، المبسوط ٥:١٠.

ويشترط فيه: البلوغ، والعقل، والحرية. فلا يصح عقد الصبي ولا الصبية وإن أجاز الولي، ولا المجنون رجلاً أو امرأة، ولا السكران وإن أفاق وأجاز وإن كان بعد الدخول.

ولا يشترط في نكاح الرشيدة الولي، ولا الشهود في شيء من الأنكحة، ولو تآمرا الكتمان لم تبطل.

قوله: (ويشترط فيه البلوغ والعقل والحرية، فلا يصح عقد الصبي ولا الصبية وإن أجاز الولي، ولا المجنون رجلاً وامرأة، ولا السكران وإن أفاق وأجاز وإن كان بعد الدخول، ولا يشترط في نكاح الرشيدة الولي ولا الشهود في شيء من الأنكحة، ولو تآمرا الكتمان لم يبطل).

لا شبهة في أن العاقد كائناً من كان ـ زوجاً أو زوجة،أو وليّ أحدهما أو وكيله ـ يشترط فيه البلوغ والعقل والحرية، فلو عقد الصبي لنفسه أو لغيره لم يعتد بعبارته وإن أجاز وليّه، وكذا الصبية، وكذا من به جنون، ذكراً كان أو أُنثى، وفي حكمه المغمى عليه والسكران.

ولو أفاق السكران فأجاز العقد الواقع في السكر لم يصح وإن كان بعد الدخول.

وقال الشيخ في النهاية[1] إنه يصح، لرواية محمد بن اسماعيل بن بزيع الصحيحة، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتُليت بشرب النبيذ، فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها فورعت منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال: «إذا أقامت معه بعدما أفاقت فهو رضا

---

(١) النهاية:٤٦٨.

ويصح اشتراط الخيار في الصداق لا النكاح.

منها» قلت ويجوز ذلك التزويج عليها؟ قال: «نعم»[١].

وحقق المصنف في المختلف: أن السكر إن بلغ حداً لا يبقى معه تحصيل كان العقد باطلاً، وإلّا فلا[٢].

وما حققه حقّ، إلّا أنه قال: وإن لم يبلغ السكر إلى ذلك الحد صح العقد مع تقريرها إياه[٣].

وفي هذا القيد نظر، لأنها حينئذ إن كانت جائزة التصرف لزمها ولم يكن لها بعد ذلك ردّه، وإلّا لم يصح أصلاً، فما حمل عليه الرواية غير مستقيم.

ولا يشترط في نكاح الرشيدة الولي، بكراً كانت أو لا، وسيأتي إن شاء الله تعالى حكاية الخلاف في ذلك وتحقيق الحق.

وكذا لا يشترط الشهود في شيء من الأنكحة: المتعة والدائم، خلافاً لابن أبي عقيل[٤]، حيث اعتبر في الدائم مع الولي شاهدي عدل، لتضمن مكاتبة المهلب إلى أبي الحسن عليه السلام: «أن النكاح الدائم لا بد فيه من ولي وشاهدي عدل»[٥] وهي مع ضعفها ـ بكونها مكاتبة، وعدم العلم بصحة سندها ـ مخالفة لما عليه أكثر الأصحاب، فيحمل على الاستحباب.

ولا يشترط عدم تآمرهما الكتمان، أي: تواطئهما عليه، وذهب مالك من العامة إلى أن الاشهاد غير شرط، لكن يشترط عدم التواطء على الكتمان[٦]، وليس بشيء.

قوله: (ويصح اشتراط الخيار في الصداق لا النكاح).

---

(١) الفقيه ٣:٢٥٩ حديث ١٢٣٠، التهذيب ٧:٣٩٢ حديث ١٥٧١، عيون الاخبار ٢:١٨ حديث ٤٤.

(٢) المختلف: ٥٣٨.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المختلف:٥٣٥.

(٥) التهذيب ٧:٢٥٥ حديث ١١٠١، الاستبصار ٣:١٤٦ حديث ٥٢٩.

(٦) انظر بداية المجتهد ٢:١٧، المجموع ١٦:١٩٩.

ولو ادعى كل منهما الزوجية فصدّقه الآخر حكم بالعقد وتوارثا. ولو كذبه الآخر قضى على المعترف بأحكام العقد خاصة.

أما اشتراط الخيار في الصداق فيدل على صحته: أن ذكر المهر في النكاح غير شرط في صحته، ولذلك يجوز إخلاؤه عنه واشتراط عدمه، فاذا اشترط أحدهما أو كلاهما خياراً لم يكن الشرط منافياً لمقتضى العقد، فيندرج في عموم: «المسلمون عند شروطهم»[١].

وأما النكاح فانه يكون ضرباً من ضروب العبادات ـ وليس هو معاوضة لا يصح اشتراط الخيار فيه ـ فان شرط كان الشرط باطلاً قطعاً، وهل يبطل به العقد؟ فيه قولان.

أصحهما:ـ واختاره الشيخ[٢]، والمصنف في المختلف[٣] ـ نعم، لأن التراضي إنما وقع على ذلك الوجه الفاسد، فيكون ما وقع التراضي عليه منتفياً، وغيره لم يحصل.

وقال ابن ادريس: يبطل الشرط دون العقد، لأن الواقع شيئان، فاذا بطل أحدهما بقي الآخر[٤].

ويضعف: بأن الواقع شيء واحد، وهو العقد على وجه الاشتراط، فلا يتصور بطلان شيء منه وبقاء ما سواه.(ولأنه قد اشترط فيه ما ينافيه، ووجود أحد المتنافيين يقتضي رفع ذلك)[٥]

قوله: (ولو ادعى كلّ منهما الزوجية وصدقه الآخر حكم بالعقد وتوارثا، ولو كذبه الآخر قضي على المعترف بأحكام العقد خاصة).

---

(١) أنظر: الكافي ١٦٩:٥ حديث ١، التهذيب ٢٢:٧ حديث ٩٤، دعائم الاسلام ٤٤:٢ حديث ١٠٦، صحيح البخاري ١٢٠:٣.

(٢) المبسوط ١٩٤:٤.

(٣) المختلف:٥٣٩.

(٤) السرائر: ٢٩٩.

(٥) ما بين القوسين لم يرد في «ش» والنسخة الحجرية، واثبتناه من «ض».

ولـو ادعى زوجية امرأة وادعت اختها زوجيته وأقاما بينة، حكم لبينتهاإن كان تأريخها أسبق، أو كان قد دخل بها، وإلاّ حكم لبينته. والأقرب الافتقار إلى اليمين على التقديرين، إلاّ مع السبق،

لو ادعى رجل أو امرأة زوجية الآخر، فان صدقه ثبت النكاح بينهما ولزمهما أحكامه حتى التوارث عندنا، لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[١] ومعلوم أن ذلك حيث يكون كلّ منهما نافذ الاقرار في غير النكاح، ولا يعتبر عندنا كونهما غريبين، خلافاً للشافعي في أحد قوليه، حيث حكم بمطالبة البلديين بالبينة وعدم ثبوت النكاح من دونها[٢].

ولو كذبه، فان أقام المدعي بينة أو حلف اليمين المردودة قضي بالنكاح ظاهراً كالاقرار، وعليهما فيما بينهما وبين الله تعالى العمل بمقتضى الواقع في نفس الأمر، وإن لم يحصل أحد الأمرين قضي على مدعي النكاح بأحكامه خاصة ـ أي: دون الآخر ـ سواء حلف المنكر أم لا، فيمنع المدعي من التزويج إن كان امرأة، وكذا كل ما تمنع منه الزوجة إلاّ باذن الزوج، وإن كان رجلاً منع من الخامسة، وبنت الزوجة وأُمها وأُختها وبنت أُختها وبنت أخيها إذا لم تأذن، والمهر الذي أقرّبه دين عليه، لكن ليس لها مطالبته به، ويجب عليها التوصل إلى خلاص ذمته إن كان صادقاً، ولا نفقة عليه، لأنها في مقابلة التمكين، ومن هذا يعلم أن إطلاق العبارة يحتاج إلى التقييد.

قولـه: (ولو ادعى زوجية امرأة وادعت اختها زوجيته وأقاما بينة، حكم لبينتها إن كان تاريخها أسبق أو كان قد دخل بها، وإلاّ حكم لبينته، والأقرب الافتقار إلى اليمين على التقديرين، إلاّ مع السبق).

لو ادعى زوجية امرأة وادعت اختها زوجيته، فاما أن لا يقيم أحدهما بينة، أو

---

(١) انظر: عوالي اللآلي ٢:٢٥٧ حديث ٥.

(٢) المجموع ١٦:١٨٧، الوجيز ٢:٢٦١.

يقيم كل منها بينة، أو يقيم أحدهما بينة دون الاخر، وعلى هذا فاما أن يكون المقيم للبينة الرجل أو المرأة.

وإذا أقاما بينة، فاما أن تكونا مطلقتين، أو مؤرختين، أو تكون أحدهما مطلقة والأُخرىٰ مؤرخة، فاما بينة الرجل أو المرأة المؤرختان إما أن يتقدم منها تاريخ بينته أو بينتها أولا يتقدم واحد.

وعلى التقديرات فاما أن يدخل بها أو لا، فهذه ثمانية عشر صورة.

فان لم يقم أحدهما بينة فالقول قوله بيمينه، لأنه منكر لزوجيتها، ودعواه زوجية اختها بينه وبين الأُخت.

هذا إن لم يكن قد دخل بالمدعية، فان دخل بها ففي الاكتفاء بيمينه نظراً إلى أنه منكر، أو بيمينها نظراً إلى أن فعله مكذب لدعواه تردد.

وإن أقام أحدهما البينة خاصة قضي له، سواء الرجل والمرأة، والدخول وعدمه، إلّا إذا كانت البينة للرجل وقد دخل بالمدعية، فانها لا تسمع، لأن فعله كذبها، فيكون كما لو لم يقم أحدهما بينة.

وإن أقام كل بينة و لم يؤرخا معاً، أو أُرخت إحداهما خاصة، فالترجيح لبينته، لأن الأُخرى لا ينافيها إلّا مع الدخول لسقوط بينته بتكذيبه إياها، فيحكم لبينتها.

وإن أُرختا معاً، فان تقدم تاريخ بينتها قدمت به مطلقاً، لأنها تشهد بالنكاح في وقت لا تعارضها الأُخرى فيه، ومع التساوي وتأخر تاريخ بينتها، فالتقديم لبينته إن لم يكن دخل بها، لورود النص على ذلك[1] وإن كان مخالفاً للأصل، وهو قبول البينة للمدعي دون المنكر، فان الزوج هو المنكر في هذه الصورة، وكأن هذا الحكم مجمع عليه بين الاصحاب.

---

(١) أنظر: الكافي ٥:٥٦٢ حديث ٢٦، التهذيب ٧:٤٣٣ حديث ١٧٢٩.

. . . .

وإن كان قد دخل بها قدمت بينتها في الصورتين، لسقوط بينته بفعله.

[واعلم أن في حواشي شيخنا الشهيد: أنه إذا تقدّم تاريخ بينته تُقدم وإن كان قد دخل بها، وهو خلاف ما هنا وخلاف المنصوص][1].

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنه مع إقامة البينتين من طرف الرجل ومن طرف المرأة، هل يفتقر الحكم ـ له على تقدير تقديم بينته، أولها على تقدير تقديم بينتها، في جميع صور تأريخها أو أحدهما أو الاطلاق ـ إلى اليمين؟

الأقرب عند المصنف الافتقار إليها ممن قدمت بينته منه أومنها في جميع الصور، إلّا مع سبق تاريخ إحدى البينتين على الأُخرى إذا أُرختا، فانه لا أحتياج إلى اليمين هنا.

ووجه هذا: انتفاء التعارض في صورة السبق، فان السابقة تشهد بالنكاح في وقت لا يعارضها فيه أحد، فتعين الحكم بها.

وأما بدون السبق فوجه القرب: أن التعارض حاصل، لأنه ظاهر مع اتفاق التاريخ.

وأما الاطلاق، فأصالة عدم التقدم والتأخر صيرتها كالمتفقتين، والبينة في كل من الجانبين حجة.

أما من جانب الرجل فلورود النص على ذلك، وينبه على ذلك أنه مدع لزوجية الأُخت المتضمنة لكون المدعية غير زوجة، فهو مدعي في معنى المنكر.

وأما من جانب المرأة فلوضوح كونها مدعية، فمع اقامتها يتعارضان، فلابد من مرجح للحكم باحدهما، لأن القاعدة الكلية تساقط البينتين مع التعارض، فمن قوي جانبه يستحلف، ومع الدخول جانب المرأة أقوى، ومع عدمه فالأقوى جانب

---

(١) ما بين المعقوفتين ورد في النسخة الحجرية، ولم يرد في «ش» و«ض».

وفي انسحاب الحكم في مثل الأُم والبنت اشكال.

ولو ادعى زوجية امرأة لم يلتفت إليه إلاّ بالبينة ، سواء عقد عليها

الرجل[1].

فان قيل: مع الدخول تسقط بينته، فتبقى بينتها بغير معارض.

قلنا: الدخول مرجِّح لجانبها لا مسقط للبينة، فيصير جانبها أقوى، لمساعدة الظاهر اياها، فان الدخول ليس نصاً في الزوجية، بل يبقى معه الاحتمال.

ويحتمل[2] العدم، لأن النص ورد على تقديم بينته، فلو توقف على اليمين لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، ومع الدخول تسقط بينتها.

والجواب: أن النص الوارد غير مناف لثبوت اليمين بدليل آخر، مع أن ذلك جار على خلاف الأصل، فينبغي الأخذ باليقين في موضع المخالفة، وقد ثبت ذلك مع التعارض، والدخول يقوي جانبها على ما بيناه، واعتبار اليمين أقوى.

قوله: (وفي انسحاب الحكم في مثل الأُم والبنت إشكال).

ينشـأ: من أن النص إنما ورد على الاختلاف بين الرجل وأُخت من يدعي زوجيتها، والحكم فيها ثبت على خلاف الأصل المقرر، فيقتصر في المخالفة على صورة النص.

ومن أن المقتضي مشترك، فان الزوج في هذه الصورة مدع وإن كان في قوة المنكر، فتسمع بينته وتقدم.

وليس بشيء، بل المعتمد تقديم بينتها، ومع عدمها يحلف، ولا مقتضي في المسألة السابقة إلاّ النص، فلا يتجاوز مورده.

قوله: (ولو ادعى زوجية امرأة لم يلتفت اليه إلاّ بالبينة، سواء عقد

---

(١) في «ض»: ومع عدمه جانب المرأة، والصحيح ما اثبتناه وهو من «ش».

(٢) عطف على قوله السابق: هل يفتقر الحكم....الى اليمين؟ الاقرب عند المصنف الافتقار.

غيره أو لا.

عليها غيره أو لا).

ظاهر هذه العبارة أنه لا تسمع دعواه بدون البينة، فلا يتوجه عليها اليمين.

ولا وجه له إذا لم يعقد عليها غيره، لأنها لو أقرت لنفع اقرارها، ولو نكلت عن اليمين فردت عليه فحلف ثبت النكاح قطعاً.

نعم إذا عقد عليها غيره، ففي سماع دعواه عليها قولان:

أحدهما: ـ وهو ظاهر اختيار التذكرة[1] ـ تسمع، بناء على أنها لو أقرت في هذه الحالة لاغرمناها مهر المثل، لحيلولتها بين الزوج ومنافع البضع بالعقد على الثاني، كما لو باع شيئاً على أنه له ثم أقر بأنه مال زيد، فانه يغرم لزيد عوضه.

والثاني: لا، وهو اختيار التحرير، لأن البضع ليس مالاً للزوج، وإنما حقه الانتفاع به، ومنافع الجزء لا تضمن بالفوات، لأنها لا تدخل تحت اليد، على أن منافع البضع ليست كسائر المنافع، لأن الزانية لا تستحق مهراً ولا زوجها، ومع الوطء بالشبهة فالمهر لها دون الزوج،وحيث كان كذلك لا تسمع الدعوى،لأن غايتها إقرار الزوجة، وهو غير مسموع، أو ردّ اليمين، والمردودة إن كانت كالاقرار فظاهر، وإن كانت كالبينة، فانما هي كذلك بالنسبة إلى المتداعيين خاصة دون الزوج الثاني، فلا تفيد ثبوت النكاح، ولزوم مهر المثل لا دليل عليه، فلا أثر لسماع هذه الدعوى أصلاً.

لكن سيأتي في الرضاع إن شاء الله تعالى أن من انفسخ النكاح بارضاعها تغرم المهر، لأن حق الانتفاع بالبضع متقوم شرعاً، فمن أتلفه فعليه عوضه، وهو المهر.

وينبه على ذلك وجوب دفع مهر المهاجرة إلى زوجها الكافر، للحيلولة بينه وبينها بالاسلام، وهذا بعينه قائم هنا، فالغرم ليس ببعيد، مع ما فيه من الزجر عن الاقدام على مثل ذلك، والمحافظة على عموم: البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

---

(١) التذكرة ٢:٥٩٨ ـ ٥٩٩.

الفصل الثاني: في الأولياء، وفيه مطالب:

الأول: في اسبابها، وهي في النكاح اما بالقرابة،أو الملك، أو الحكم.

أما القرابة فتثبت الولاية منها بالأُبوة والجدودة منها لا غير،فلا ولاية لأخ ولا عم ولا أُم ولا جد لها ولا ولد، ولا غيرهم من الأنساب قربوا أو بعدوا،

قوله: (الفصل الثاني: في الأولياء، وفيه مطالب:

الأول في أسبابها، وهي في النكاح: إما القرابة، أو الملك أو الحكم.

أما القرابة، فتثبت الولاية فيها بالأُبوة والجدودة منها لا غير، فلا ولاية لأخ ولا عم ولا أُم ولاجد لها ولا ولد ولا غيرهم من الانساب، قربوا أو بعدوا).

أسباب الولاية في النكاح عندنا منحصرة في القرابة والملك والحكم وهو الامامة والوصاية، ولم يعد المصنف هنا الوصاية، وصرح فيها بعد بأنه لا ولاية في النكاح بسببها، وتردد في الوصايا في ذلك، وقد جزم المصنف هنا بعد التردد، وعلى ما اخترناه هناك من ثبوت الولاية بسببها يجب عدّها.

والولاية الثابتة بالقرابةمنحصرةعندنا في قرابة الأُبوة والجدودة من الأُبوة، باتفاق علمائنا، فلا تثبت للأخ ولاية، من الأبوين كان أو من أحدهما، انفرد أم كان مع الجد، خلافاً للعامة[١].

وكذا الولد وسائر العصبات قربوا أم بعدوا، وكذا لا ولاية للأم ولا لمن يتقرب بها، وهو قول الأصحاب وأكثر العامة[٢].

---

(١) أُنظر كفاية الأخيار ٢:٣٢.

(٢) أُنظر المبسوط للسرخسي ٥:١٠، اعانة الطالبين ٣:٣٠٧.

وإنما تثبت للأب والجد للأب وإن علا.

وهل يشترط في ولاية الجد بقاء الأب؟ الاقرب لا.

وقال ابن الجنيد: إن الأُم وأباها يقومان مقام الأب في ذلك عند عدمه، لأن رسول الله صلّى الله عليه وآله امر نعيم بن النجاح ان يستأمر ام ابنته في امرها، وقال: «فأمروهنّ في بناتهن»[١].

وفي رواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام: «إن الذي بيده عقدة النكاح هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشتري، فأيّ هؤلاء عفى جاز»[٢].

وهو ضعيف، ومثل هذه لا تنهض حجة على ثبوت الولاية والسلطنة.

قوله: (وإنما تثبت للأب والجد للأب وإن علا، وهل يشترط في ولاية الجد بقاء الأب؟ الأقرب لا).[٣]

قد عرفت إجماع الأصحاب على انتفاء الولاية في النكاح عمن عدا الأب والجد له، ولا خلاف في ثبوتها للجد عندنا، إلّا من ابن ابي عقيل، فانه قال: الولي الذي هو أولى بنكاحهن هو الأب دون غيره من الأولياء[٤]، وهو ظاهر في نفي الولاية عن الجد، والأخبار الصحيحة حجة عليه، مثل قول الصادق عليه السلام في صحيحة عبد الله بن سنان: «الذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها»[٥] ولاخلاف في أن الجد ولي أمر الصغيرة.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ولاية الجد ثابتة في كل موضع للأب ولاية، سواء كان

---

(١) أنظر المختلف:٥٣٦.

(٢) التهذيب ٧:٣٩٣ حديث ١٥٧٣، علما بأن في «ض»: فأي هؤلاء عقد جاز.

(٣) في «ض»: الاقرب ذلك.

(٤) أنظر المختلف:٥٣٥.

(٥) التهذيب ٧:٣٩٢ حديث ١٥٧٠.

وتثبت ولايتها على الصغير ذكراً كان أو انثى، بكراً أو ثيباً، وكذا على المجنون مطلقاً وإن بلغ.

وأما الملك فيثبت للمولى ولاية النكاح على عبده وإن كان رشيداً،

الأب حياً أو ميتاً عند جمع من الأصحاب.

وقال الشيخ في النهاية: إن حياة الأب شرط في ولاية الجد في موضع الولاية[1]. وبه قال ابن الجنيد[2] وأبو الصلاح[3] وابن البراج[4] والصدوق[5]، احتجاجاً برواية الفضل بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام أنه قال: «إن الجد إذا زوج ابنة ابنه وكان أبوها حياً وكان الجد مرضياً جاز، فان هوى أبوها رجلاً وجدها رجلاً فالجد أولى بنكاحها»[6].

وأُجيب أولاً: بالمنع من صحة السند، وثانياً: بأن دلالة المفهوم ضعيفة، والأصح الأول.

قوله: (وتثبت ولايتها على الصغير، ذكراً كان أو أُنثى بكراً أو ثيباً، وكذا على المجنون مطلقاً وإن بلغ).

لا ريب في ثبوت ولاية الأب والجد له على الصغير، ذكراً كان أو أُنثى بكراً أو ثيباً، سواء حصلت الثيبوبة بوطء وغيره، لأن مناط الولاية الصغر وهو موجود، وكذا تثبت ولايتها على المجنون مطلقاً، ذكراً كان أو أُنثى بكراً كانت الأنثى أو ثيباً وإن بلغ.

قولـه: (وأما الملك فيثبت للمولى ولاية النكاح على عبده وإن كان

---

(١) النهاية:٤٦٦.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف:٥٣٥.

(٣) الكافي في الفقه:٢٩٢.

(٤) المهذب ٢:١٩٥.

(٥) الهداية:٦٩.

(٦) الكافي ٥:٣٩٦ حديث ٥، التهذيب ٧:٣٩١ حديث ١٥٦٤.

وعلى مملوكته كذلك، ولا خيار لها معه وله اجبارهما عليه.

وليس له اجبار من تحرر بعضه،

رشيداً، وعلى مملوكته كذلك، ولا خيار لها معه، وله إجبارهما عليه، وليس له إجبار من تحرر بعضه).

الولاية بالملك تثبت للمولى على العبد والأمة، صغيرين كانا أم لا،رشيدين أم لا، سواء كان المولى ذكراً أم أُنثى،صغيراً أم كبيراً، لقوله تعالى: ﴿فأنكحوهنّ باذن أهلهنّ﴾[١] وقوله تعالى: ﴿لا يقدر على شيء﴾[٢]ومن الجملة النكاح،

ولحسنة زرارة عن الباقر عليه السلام ، قال : سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده؟ فقال: «ذلك إلى سيده إن شاء أجازه وإن شاء فرق بينهما»[٣] الحديث، وعلى ذلك اجماع الخاص والعام.

وللسيد إجبار مملوكته على النكاح وإن كانت كبيرة رشيدة ثيباً بغير خلاف بين العلماء، لأن منافعها مملوكة له، وكذا عبده الصغير عند جميع الأصحاب وأكثر العامة[٤]، وللشافعية خلاف[٥]، وكذا الكبير عندنا وعند الأكثر[٦]، وفي قول للشافعي أنه لا يجبر البالغ العاقل[٧]، وبه قال أحمد[٨]، وهو مردود: بأنه مالك لرقبته ومنافعه كالأمة، وربما تعلق غرضه بحصول النسل منه، ولظاهر قوله تعالى:﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾[٩].

---

(١) النساء:٢٥.

(٢) النحل:٧٥.

(٣) الكافي ٥:٤٧٨ حديث ٣، التهذيب ٧:٣٥١ حديث ١٤٣٢.

(٤) المغني لابن قدامة ٧:٤٠١، الشرح الكبير ٧:٣٩٢.

(٥) المجموع ١٦:١٩٥، الوجيز ٢:١٠، المغني لابن قدامة ٧:٤٠١، الشرح الكبير ٧:٣٩٢.

(٦) المغني لابن قدامة ٧:٤٠٠، الشرح الكبير ٧:٣٩٣.

(٧) المجموع ١٦:١٩٥، الوجيز ٢:١٠، المغني لابن قدامة ٧:٤٠٠، الشرح الكبير ٧:٣٩٣.

(٨) المغني لابن قدامة ٧:٤٠٠، الشرح الكبير ٧:٣٩٣.

(٩) النور:٣٢.

وللولي تزويج أمة المولى عليه، ولافسخ بعد الكمال.

وأما الحكم فإن ولاية الحاكم تختص في النكاح على البالغ فاسد العقل، أو من تجدد جنونه بعد بلوغه، ذكراً كان أو انثى مع الغبطة.

فلا ولاية له على الصغيرين، ولا على الرشيدين، وتسقط ولايته مع وجود الأب أو الجد له.

ولو تحرر بعض العبد أو الأمة لم يملك إجبارهما قطعاً، لأن البعض غير مملوك له، فلا يتسلط عليه، نعم لا يصح نكاحه إلّا باذنه.

قوله: (وللولي تزويج أمة المولى عليه، ولا فسخ بعد الكمال).

إذا اقتضت المصلحة تزويج أمة المولى عليه كالصبي والمجنون والسفيه جاز فعله عندنا، لأن ذلك من جملة التصرفات التي هي متعلق الولاية، فاذا كمل المولى عليه لم يكن له فسخ هذا النكاح كغيره من التصرفات.

قوله: (وأما الحكم، فان ولاية الحاكم تختص في النكاح على البالغ فاسد العقل ومن تجدد جنونه بعد بلوغه، ذكراً كان أو أُنثى مع الغبطة، ولا ولاية له على الصغيرين ولا على الرشيدين، وتسقط ولايته مع وجود الأب أو الجد له).

المراد بالحاكم عندنا هو: الامام العادل، أو من أذن له الامام، ويدخل فيه الفقيه المأمون الجامع لشرائط الافتاء والحكم في زمان الغيبة، ومأذون الحاكم في النكاح الذي ولايته إليه كالحاكم.

إذا تقرر ذلك فولاية الحاكم في النكاح إنما تثبت على من بلغ فاسد العقل وتجدد فساد عقله بعد البلوغ، ذكراً كان أو أُنثى، إذا كان النكاح صلاحاً له.

ووجه الثبوت: أن ولاية المال إليه اجماعاً، فيكون وليه في النكاح، إذ هو من جملة ما تدعو الحاجة إليه، وصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال:

ولا ولاية للوصي وإن فوضت إليه، إلّا على من بلغ فاسد العقل مع الحـاجة.

«الذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها»[1].

ولا ولاية للحاكم على الصغيرين، لانتفاء حاجتهما الى النكاح، وكذا لا ولاية له على البالغين الرشيدين، بل أمرهما بيدهما، وللحاكم الولاية على السفيه البالغ، وسيأتي في كلام المصنف، وكأنه إنما ترك ذكره هنا اعتماداً على اندراجه فيمن بلغ فاسد العقل، وفي تناوله له تأمل.

واعلم أن قوله: (وتسقط ولايته مع وجود الأب أو الجد له) يقتضي أن لا يثبت للحاكم معهما ولاية على المجنون وإن تجدد جنونه بعد بلوغه ورشده، وإطلاق قوله فيما بعد: (المحجور عليه للسفه) (ومع الحاجة يأذن له الحاكم فيه) يقتضي أنه لا ولاية للأب أو الجد عليه مطلقاً وإن كان سفهه متصلاً بزمان صغره.

وفي هذا الاطلاق الأخير نظر، لأنه قد سبق في باب الحجر أن الحجر لا يزول عن الصغير إلّا ببلوغه رشيداً، وهذا يقتضي أن تكون الولاية عليه مع بلوغه سفيهاً للأب والجد، ويبعد أن تكون الولاية لهما في ماله وللحاكم في نكاحه، ولعله إنما أطلق هنا اعتماداً على ما سبق هناك، فعلى هذا يستثنى منه من بلغ سفيهاً.

وحينئذ فنقول: من تجدد جنونه بعد بلوغه ورشده ينبغي أن تكون الولاية عليه للحاكم، لسقوط ولاية الأب والجد له ببلوغه رشيداً، فعودها يحتاج إلى دليل كالذي تجدد سفهه، ولا يحضرني الآن تصريح بذلك، إلّا أن النظر يقتضيه.

قولـه: (ولا ولاية للوصي وإن فوضت إليه، إلّا على من بلغ فاسد العقل مع الحاجة).

اختلـف كلام الأصحاب في أن وصي الأب أو الجد هل تثبت له ولاية

---

(١) التهذيب ٧:٣٩٢ حديث ١٥٧٠.

. . . .

التزويج؟

قال في التذكرة: إنما تثبت ولاية الوصي في صورة واحدة عند بعض علمائنا، وهي: أن يبلغ الصبي فاسد العقل وتكون له حاجة إلى النكاح وضرورة إليه مع عدم الأب والجد له[1].

وهذه العبارة تقتضي أن يكون فيمن بلغ فاسد العقل خلاف، وصرح بثبوت الخلاف في شرح الارشاد، إلّا أن الأكثر على ثبوت الولاية في هذه الصورة، وهو المختار.

ووجهه: ظهور الحاجة، فانه مع الداعي لا يؤمن وقوعه في الزنا أو حدوث مرض به، وعلى هذا فمتى ظهرت أمارة الحاجة إلى النكاح زوجه مراعياً للغبطة.

وكذا القول في السفيه، لما ذكر، ولأنه لا يؤمن ذهاب دينه، ويترتب الحد عليه بالزنا وفضيحته في الدارين، وذلك من أشد[2] أنواع الضرر، إلّا أنه لايجوز إجباره على التزويج، وإنما يتوقف على إذن الوصي إذا أراده، وبه صرح في شرح الارشاد، وهذا في السفيه الذي تثبت عليه الولاية للأب والجد.

وأما الأُنثى والذكر الصغير، فاختار المصنف في التذكرة عدم ثبوت الولاية عليهما بالوصاية، سواء أطلق الموصي الوصية أونص على الانكاح[3]، وهو اختياره هنا وفي التحرير[4]، وقول الشيخ في المبسوط[5]، لانتفاء الدليل الدال على ذلك، وانتفاء الحاجة في الصغير والأُنثى.

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢:٥٩٢.

(٢) في «ش»: وذلك أشد من.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢:٥٩٢.

(٤) تحرير الاحكام ٢:٦.

(٥) المبسوط ٤:٥٩.

والمحجور عليه للسفه لا يجوز أن يتزوج إلّا مضطراً إليه، فإن تزوج من غير حاجة كان العقد فاسداً ، ومع الحاجة يأذن له الحاكم فيه

وقال في المختلف[١] بالثبوت، وهو قول الشيخ في الخلاف[٢]، وقول آخر له في المبسوط[٣]، واختاره شيخنا في شرح الارشاد، لأن تصرفات الوصي كلها منوطة بالغبطة، وقد تتحقق الغبطة بنكاح الصغير، ولعموم ﴿فمن بدله﴾[٤] ولقول الصادق عليه السلام في رواية أبي بصير السالفة: «الذي بيده عقدة النكاح هو الأب والأخ والرجل يوصى اليه»[٥].

واعترض في المختلف بأن الأخ لا ولاية له عندنا، ثم أجاب بالحمل على ما إذا أوصى إليه[٦]، وهذا هو المختار.

إذا عرفت ذلك، فهل تثبت ولاية الوصي في النكاح بتعميم الوصية، أم لا بد من التصريح بالوصية في النكاح؟ يلوح من عبارة القائلين بالثبوت الثاني، حيث فرضوا المسألة فيما إذا أوصى إليه بأن يزوج ولده الصغير، وهذا هو الذي ينبغي، لأن النكاح ليس من التصرفات التي ينتقل الذهن إليها عند الاطلاق، فلا يكاد يعلم التفويض فيها من دون التصريح به .

قوله: (والمحجور عليه للسفه لا يجوز له أن يتزوج إلّا مضطراً إليه، فان تزوج من غير حاجة كان العقد فاسداً، ومع الحاجة يأذن له الحاكم فيه

(١) مختلف الشيعة:٥٤١.

(٢) الخلاف ٢:٢٠٥ مسألة ٩ من كتاب النكاح.

(٣) المبسوط ٤:٥٩.

(٤) البقرة:١٨١.

(٥) التهذيب ٧:٣٩٣ حديث ١٥٧٣.

(٦) المختلف:٥٤١.

مع تعيين الزوجة وبدونه. وليس الاذن شرطاً.

مع تعيين الزوجة وبدونه، وليس الاذن شرطاً).

لما كان المحجور عليه للسفه ممنوعاً من التصرفات المالية لم يكن له الاستقلال بعقد النكاح، وإنما يصح باذن وليه، ولايجوز للولي الاذن إلّا إذا احتاج السفيه إلى التزويج، لاشتمال النكاح على ضرر تحمل المهر والنفقة، فلا يصار إليه إلّا عند الحاجة، لوجود داعي الشهوة إلى المرأة والحاجة إلى الخدمة، وكون النكاح أغبط من شراء الأمة.

فاذا ظهرت أمارات الحاجة أذن له الولي ـ سواء كان هو الحاكم أو غيره ـ في تزويج امرأة واحدة، إلّا أن تدعو حاجة الخدمة إلى أزيد من امرأة وتقتضيه المصلحة، وبه صرح في التذكرة[1]، ويلوح من عبارته أن داعي الشهوة لو اقتضى الأزيد وكان مشتملاً على المصلحة جاز، ولا بأس به، وإذا تحققت الحاجة المجوزة للأذن وجب على الولي أن يأذن له فيه.

وهل يشترط تعين الزوجة؟ فيه وجهان:

أحدهما: واختاره المصنف في كتبه[2] ـ عدم الاشتراط، فيصح الاذن المطلق ـ وينكح من شاء بمهر مثلها أو أقل ـ كما يجوز للسيد إطلاق الاذن، فلو نكح في هذه الحالة شريفة يستغرق مهر مثلها ماله أو معظمه لم يصح، لأنه على خلاف المصلحة.

والثاني: لا يصح الاطلاق، بل لابد من تعيين المرأة أو نساء قبيلة أو تقدير المهر، لأن المقتضي للحجر عليه هو حفظ ماله وصيانته عن الاتلاف، فلو جوزنا إطلاق الاذن له لم نأمن أن ينكح من يستغرق مهر مثلها ماله، ولا يكفي لدفع المحذور كون النكاح فاسداً في هذه الحالة، لأنه بالدخول يجب مهر المثل مع جهلها، فيلزم الوقوع في المحذور، نعم لو لم توجب بالدخول في هذه الحالة مهراً انتفى المحذور.

---

(١) التذكرة ٢: ٦١٠.

(٢) قواعد الاحكام ٢: ٦، تذكرة الفقهاء ٢: ٦١٠ ـ ٦١١، تحرير الاحكام ٢: ٦.

. . . .

ولقائل أن يقول: إن هذا الحكم ثابت، سواء جوزنا الاذن المطلق أم لا، فان السفيه لو استقبل بالنكاح من دون إذن حيث لاحاجة ودخل وجب مهر المثل، وليس هذا خاصاً بحال إطلاق الاذن.

ويمكن أن يقال: الفرق قائم مع الاذن المطلق وبدونه، فان الاذن يقتضي جرأته على النكاح وقبول المرأة منه، بخلاف ما إذا لم يكن، فاعتبار الاذن أقوى[1].

إذا عرفت ذلك فارجع إلى العبارة، واعلم أنه لو قال: ومع الحاجة يأذن له الولي، لكان أشمل وأحسن مما إذا قال: يأذن له الحاكم.

واعلم ايضا أن ظاهر قوله: (وليس الاذن شرطاً) مناف لقوله: (ومع الحاجة يأذن له الحاكم) لأن الظاهر أن المراد من قوله: (يأذن له الحاكم) اعتبار ذلك في صحة نكاحه وعدم الاعتداد به من دونه، أي: ومع الحاجة يأذن له الحاكم فيه ولا يستقل به من دون إذنه ولولا ذلك لم يكن للحجر معنى، فانه إذا استقل السفيه ببعض التصرفات واحسن بامضائها، كان ذلك سبباً في الاقدام على أي تصرف كان ووسيلة إلى اتلاف المال، ومتى كان هذا هو المعنى المراد كان قوله: (وليس الاذن شرطاً) منافياً له، لأن مقتضاه جواز الاستقلال من دونه.

وسيأتي في كلامه في المطلب الثالث أنه لو تزوج من غير إذن فسد، وهو صريح في المراد.

وطريق التأليف بين الكلامين أمران:

أحدهما: حمل قوله (ومع الحاجة يأذن له الحاكم) على أن المراد أن الحاكم لا يمنعه في هذه الحالة ولا يحجر عليه، بل يخلّي بينه وبين النكاح، وهذا هو المطابق

---

(١) في «ش»: بخلاف ما إذا لم يكن باعتبار أقوى.

فإن زاد عن مهر المثل بطل الزائد.

لكلامه في التحرير[١] ولعبارة[٢] صاحب الشرائع[٣]، إلّا أن ما سيأتي في كلامه في المطلب الثالث ـ من أنه لو تزوج بغير إذن فسد ـ ينافي هذا.

الثاني: حمل قوله (وليس الاذن شرطاً) على أنه ليس شرطاً على كل حال[٤]، بل يصح النكاح إذا تعذر الاذن من الولي والحاكم استقلالاً بمهر المثل لمن يليق بحاله، وإن كان غير مطابق، لما سيأتي من كلامه كمال المطابقة، لأنه تردد في ذلك ثمة، فجزمه هنا بخلاف ذلك.

وكيف كان فالثاني أولى، وهو المفتى به، فان فائدة الحجر على السفيه تنتفي لو لم يشترط اذن الولي في نكاحه، هو مختاره في التذكرة[٥].

وقوله: (فان زاد عن مهر المثل بطل الزائد).

تفريع على ما قبله.

وتحقيقه: أنه إذا أذن له الولي في التزويج ولم يعين له الزوجة، أو عيّنها ولم يعيّن له المهر، أو استقل هو بالنكاح ابتداء لو لم نجعل الاذن شرطا فعقد على امرأة تليق به بأزيد من مهر مثلها لم يفسد النكاح، لأن المهر غير شرط في صحته بل تبطل الزيادة لأنها تبرع، وهو من السفيه ممتنع.

ويحتمل بطلان النكاح، لأن التراضي إنما وقع على المسمّى وقد فات، فلا نكاح حينئذ، وأطلق المصنف القول بصحة النكاح وبطلان الزائد، محتجاً بأن الخلل في الصداق لا يقتضي فسخ النكاح، وكذا غيره، وهذا متجه إذا كانت المرأة عالمة بأنه سفيه، أما مع جهلها فيشكل ثبوت النكاح في حقها بمهر المثل على وجه قوي.

---

(١) التحرير ٢:٦.

(٢) في «ض»: واختاره.

(٣) الشرائع ٢:٢٧٧.

(٤) في «ش»: على حال.

(٥) التذكرة ٢:٦١٠ ـ ٦١١.

وولاية القرابة مقدمة على ولاية الحاكم، وولاية الملك مقدمة على الجميع.

ولو اجتمع الأب والجد واختلفا في الاختيار قدّم اختيار الجد، فإن عقدا قدم السابق، فإن اقترنا قدّم عقد الجد، ولا ولاية عندنا بالتعصيب ولا بالعتق.

قوله: (وولاية القرابة مقدمة على ولاية الحاكم، وولاية الملك مقدمة على الجميع).

وجهه: أن الولي بالقرابة ولي خاص، فيقدم على الحاكم لأنه ولي عام، والولاية الخاصة أقوى، وللنصوص [1] الدالة على تقديم الأب والجد له على كل أحد، وهذا في غير من تجدد سفهه، وإن ثبت ما ذكرناه فيمن تجدد جنونه فهو كذلك.

وأما ولاية الملك فلأنها أقوى من الكل، ولأن الناس مسلطون على أموالهم[2].

واعلم: أن ولاية الوصي عن الأب والجد مقدمة على ولاية الحاكم أيضاً، لأنه نائب للولي الخاص.

قوله: (ولو اجتمع الأب والجد واختلفا في الاختيار قدّم اختيار الجد، فان عقدا قدّم السابق، فان اقترنا قدم عقد الجد).

يدل على ذلك ما رواه عبيد بن زرارة في الموثق قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام الجارية يريد أبوها أن يزوجها من رجل ويريد جدها تزويجها من رجل، قال: «الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن زوّجها قبله»[3].

قوله: (ولا ولاية عندنا بالتعصيب ولا بالعتق).

---

(١) الكافي ٥:٣٩٥ حديث ٥٨، الفقيه ٣:٢٥٠ حديث ١١٩٢ و١١٩٣، التهذيب ٧:٣٩٠ حديث ١٥٦٠ ـ الى ـ ١٥٦٥.

(٢) عوالي اللآلي ٢:١٣٨ حديث ٣٨٣.

(٣) الكافي ٥:٣٩٥ حديث ١، الفقيه ٣:٢٥٠ حديث ١١٩٢، التهذيب ٧:٣٩٠ حديث ١٥٦٠.

المطلب الثاني: في مسقطات الولاية وهي أربعة:

الأول: الرق، فلا ولاية للمملوك على ولده، حراً كان الولد أو عبداً للمولى أو لغيره.

ولو أذن له المولى صح، وكذا المدبر والمكاتب وإن تحرر بعضه.

ولو وكله غيره في الايجاب أو القبول صح باذن السيد وغيره.

قد نبهنا فيما سبق على انتفاء الولاية في النكاح عن العصبة، وهم: المتقربون بالأب، وكذا عن كل من عدا الاب والجد له، فانتفت ولاية المعتق ومن تقرب به، خلافاً لجمع من العامة[1].

قوله: (المطلب الثاني: في مسقطات الولاية، وهي أربعة:

الأول: الرق، فلا ولاية لمملوك على ولده، حراً كان الولد أو عبداً للمولى أو لغيره، ولو أذن له المولى صح، وكذا المدبّر والمكاتب وإن تحرر بعضه، ولو وكله غيره في الايجاب أو القبول صح باذن السيد وغيره).

لا ريب أن الرق من الأسباب المسقطة للولاية، فلو كان الأب أو الجد للأب رقيقاً لم تكن له ولاية التزويج ولا غيره، لأنه ليس أهلاً لذلك، لنقصه بالرق المقتضي لكونه لا يقدر على شيء، ولأنه لا يستطيع تزويج نفسه فغيره أولى، ولأن الولاية تستدعي البحث والنظر، والعبد مشغول بخدمة سيده لا يتفرغ لها.

ولا فرق في سقوط ولايته عن ولده بين كونه حراً أو عبداً ملكاً لسيده أو غيره، هذا إذا لم يأذن له مولاه.

فان أذن له صح، وينبغي أن يكون موضع الصحة ما إذا كان الولد مملوكاً فأذن له مولاه أيضاً في تزويجه، أما لو كان حراً صغيراً، فانّ ثبوت ولايته عليه باذن المولى

---

(١) أنظر: المغني لابن قدامة ٧:٣٦٠، بداية المجتهد ٢:١٣.

الثاني: النقص عن كمال الرشد كالصبي والمجنون والمغمى عليه والسكران، ولو زال المانع عادت الولاية.

له مشكل، لأن المقتضي لسلب ولايته هو الرق، ولا يزول بالاذن.

ولا فرق في المملوك بين كونه قناً أو مدبراً أو مكاتباً، ولو تحرر بعضه فكالقن[1].

ويجوز أن يكون العبد وكيلاً عن النكاح كغيره من العقود، لأن عبارته صحيحة قطعاً، ولا فرق بين أن يأذن له المولى أو لا، لأنه (لا يمنع من التكلم بما يزيد ولا يتوقف جوازه على إذن المولى، لكن يشترط أن لا يستضر المولى بذلك و)[2] لا يمنع شيئاً من حقوقه، ولو نهاه المولى عن ذلك فالمتجه المنع[3].

قوله: (الثاني: النقص عن كمال الرشد، كالصبي والمجنون والمغمى عليه والسكران، ولو زال المانع عادت الولاية).

لما كان تصرف الولي منوطاً بالغبطة والمصلحة ـ وإنما يحصل بالبحث والنظر ممن له أهلية معرفة ذلك ـ اعتبر في الولي:

أن لا يكون صبياً، لنقصه، وعدم اعتبار أفعاله وأقواله التي من جملتها نظره وعبارته وإن كان مراهقاً، ومعلوم أنه يمتنع في الأب والجد أن يكونا صبيين.

وكذا المجنون إذا كان جنونه مطبقاً، لما قلناه في الصبي، بل هنا أولى، وإن كان منقطعاً فولايته ثابتة، لأنه كالاغماء، ويحتمل سلب ولايته بذلك كالمطبق، وهو ظاهر عبارة الكتاب، والأول أقرب مع قصر زمانه.

---

(١) جاء في النسخة الحجرية بعد هذا الكلام: ويمكن أن يكون العبد وليا بالوصاية والحكم إن جوزنا له ولاية القضاء، لكن بشرط إذن المولى.

(٢) ما بين القوسين لم يرد في «ش».

(٣) جاء في «ش» بعد هذا الكلام: اختار المصنف في المختلف بقاء ولاية العبد على ولده الصغير بعد أن حكى عن ابن الجنيد زوال ولايته بالرق وردّه، وهو الظاهر من عبارة الكتاب هنا، فانه لا ريب في اعتبار اذن المولى في نص، فانه لكن يشكل عليه جواز توكيله في العقد على الغير من دون اعتبار الاذن هنا.

الثالث: الكفر، وهو يسلب الولاية عن ولده المسلم، صغيراً أو مجنوناً، ذكراً أو انثى، ولا تسلب ولايته عن الكافر ، ولو كان الجد مسلمًا

والاغماء إن كان مما يدوم يوماً ويومين وأكثر تزول الولاية به حال الاغماء، لكن إذا زال عادت مع وجود مقتضيها كالأُبوة والجدودة، وإن قصر زمانها غالباً فهي كالنوم لا تزول بها الولاية.

والسكر إن بلغ حداً يزول معه التمييز فليس له أن يزوّج في هذه الحالة قطعاً، وإن بقي التمييز فقد قال المصنف في التذكرة: الوجه أنه لا يزول في الحال[١]، وكأنه نظر إلى أن ذلك مانع من البحث عن الغبطة وتحصيل المصلحة.

والامـراض الشديدة[٢]، والأسقام المقلقة الشاغلة عن النظر، ومعرفة وجوه المصلحة كذلك، فتزول الولاية بها وينتقل إلى الأبعد، صرح به في التذكرة[٣].

والسفه مانع، لأنه سبب في ثبوت الولاية على السفيه، فوجب أن لا تكون له ولاية على غيره على الأقرب.

إذا عرفت ذلك فاذا زال المانع عادت الولاية، وهذا في الأُبوة والجدودة ظاهر، أما في الوصاية فانها إذا بطلت لا تعود الولاية إلّا أن ينص الموصي على عودها بعد زوال المانع.

واعلم: أن الفسق غير قادح في بقاء الولاية إذا حافظ على مقتضياتها، فلا يعتبر في الرشد ان يكون الشخص مصلحاً لدينه، لأن المعتبر في المعاملات هو الرشد الدنيوي لا الديني على الأصح.

قوله: (الثالث: الكفر، وهو يسلب الولاية عن ولده المسلم، صغيراً أو مجنـوناً ذكراً أو أُنثى، ولا تسلب ولايته عن الكافر، ولو كان الجد مسلمًا

---

(١) التذكرة ٢:٦٠٠.

(٢) في «ض»: والأغراض الصحيحة.

(٣) التذكرة ٢:٦٠٠.

تعيّنت ولايته على الكافر والمسلم دون الأب الكافر، وبالعكس.

تعينت ولايته على الكافر والمسلم دون الأب الكافر، وبالعكس).

لا خلاف عندنا في أن الكافر لا تثبت ولايته على المسلم قال الله تعالى: ﴿**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً**﴾[1] وقال عليه السلام: «الاسلام يعلو ولا يُعلى عليه»[2] فلو كان للكافر ولد مسلم صغير أو مجنون ذكر أو أُنثى لم يكن له عليه ولاية.

ويتصور اسلام الولد في هذه الحالة باسلام أُمه، أو جدّه على القول بأن الولد يتبع الجد في الاسلام، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى في أحكام الكفر من موانع الارث، وكذا يتصور إذا أسلم بعد بلوغه ثم جُنّ، أو كانت أُنثى على القول بثبوت الولاية على البكر البالغ.

أما الولد الكافر، فان ولايته عليه ثابتة، كما تثبت ولاية الأب الفاسق على ولده الفاسق، للعموم، ولأن الاحتياط في انكاحه مستند الى الشفقة المسببة عن القرابة، وهي حاصلة حين الكفر.

ولو كان الجد مسلماً مع كون الأب كافراً تعينت ولايته على الولد الكافر والمسلم، وينبه على ذلك قوله تعالى: ﴿**لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة**﴾[3] حيث أن نفي الاستواء يفيد العموم، وقوله عليه السلام: «الاسلام يعلو ولا يعلى عليه».

ويتصور كون الولد كافراً مع اسلام الجد: بأن يتجدد اسلام الجد بعد بلوغ الولد كافراً ثم يعرض له الجنون ـ على القول بعدم تبعية الصغير له مع كفر الأبوين ـ

---

(١) النساء: ١٤١.

(٢) الفقيه ٤: ٢٤٣ حديث ٧٧٨، عوالي اللآلي ١: ٢٢٦ حديث ١١٨.

(٣) الحشر: ٢٠.

الرابع: الاحرام، وهو يسلب عبارة العقد ايجاباً وقبولاً.

ولا يمنع من الانعقاد بشهادته، إذ الشهادة عندنا ليست شرطاً لكنه فعل محرماً.

ولا يمنع من الرجعة وشراء الاماء والطلاق، فإن زال المانع عادت ولايته.

ولا تنتقل الولاية عنه إلى الحاكم حالة الاحرام.

والعمى والمرض الشديد إذا بقي معه التحصيل، والغيبة والفسق غير مانعة.

أو بأن يكون الولد الكافر أنثى، بناء على ثبوت الولاية على البكر البالغ.

وينعكس الحكم لو انعكس الفرض، فاذا كان الأب مسلماً والجد كافراً، تعينت الولاية للأب على الولد المسلم والكافر دون الجد وبقرينة ما سبق.

ويتصور كفر الولد بتجدد اسلام أبيه بعد بلوغه كافراً ثم يعرض له الجنون، وفي البكر البالغ.

قوله: (الرابع: الاحرام، وهو يسلب عبارة العقد ايجاباً وقبولاً، ولا يمنع من الانعقاد بشهادته ـ إذ الشهادة عندنا ليست شرطاً ـ لكنه فَعَل محرّماً، ولا يمنع من الرجعة وشراء الاماء والطلاق، فان زال المانع عادت ولايتـه، ولا تنتقل الولاية عنه إلى الحاكم حالة الاحرام والعمى والمرض الشديد إذا بقي معه التحصيل والغيبة والفسق).

لا خلاف عندنا في أن الاحرام يمنع صحة النكاح ايجاباً وقبولاً، لسلب ولاية ايقاع النكاح حالة الاحرام ولو توكيلاً، لقول الصادق عليه السلام: «ليس للمحرم أن يتزوج ولا يزوج محلاً، فان تزوج أو زوج فتزويجه باطل»[1].

---

(١) الفقيه ٢: ٢٣٠ حديث ١٠٩٦، التهذيب ٥: ٣٢٨ حديث ١١٢٨، الاستبصار ٢: ١٩٣ حديث ٦٤٧.

. . . .

ولا يقدح في صحة التزويج كون المحرم شاهداً عندنا، لأن الشهادة غير شرط فيه، ولا يمنع الاحرام من الرجعة، لأنها استدامة للعقد لا ابتداء نكاح، وكذا شراء الاماء، إذ ثمرة الشراء انتقال الملك، وليس بنكاح وإن اندرج في استحقاق المنافع جواز الوطء، وكذا جميع أسباب الملك، والطلاق قطع لعصمة [1] النكاح وليس بنكاح فلا يحرم.

ومن فاته الحج بعد الاحرام به لا يجوز له التزويج والتزوج، لأنه محرم، وتحلله بالعمرة عبارة عن عدوله باحرام الحج إلى العمرة والاتيان بباقي أفعالها [2].

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن إحرام الولي لا يقتضي نقل الولاية عنه إلى الحاكم، لأنه عارض سريع الزوال، لكن لو اضطر المولّى عليه في هذه الحالة أمكن القول بأن الحاكم يزوجه للضرورة، ولا أثر للاحرام الفاسد، [لأن] [3] منشأه محل.

فرع: لو كان المولّى عليه سفيهاً، فاحتاج إلى إذن الولي له في النكاح، فهل للولي الاذن إذا كان محرماً بحيث يقع منه صحيحاً؟ يحتمل ذلك، لأنه ليس بنكاح.

واعلم: أن العمى لا يسلب ولاية النكاح عندنا، سواء كان خلقة أو متجدداً، لأن الأعمى أهل البحث والنظر واستعلام حال الأصلح من الرجال، خلافاً لبعض العامة [4].

وكذا الخرس مع وجود الاشارة المفهمة وما في معناها كالكتابة ـ خلافاً لبعض العامة ـ وبدونها تزول ولايته قطعاً، سواء كان خلقة أو متجدداً.

وكذا الصمم والمرض الشديد إذا لم يشغل عن مقصود الولاية لا يزيلها،

(١) في «ض»: لسلطنة.

(٢) في «ض»: حينئذ فيحل.

(٣) في «ش» و«ض»: لا، والمثبت من النسخة الحجرية وهو الصحيح.

(٤) المجموع ١٦: ١٥٧ ـ ١٦٠.

المطلب الثالث: في المولى عليه، لا ولاية في النكاح إلّا على ناقص بصغر أو جنون أو سفه أو رق.

وللأب أن يزوج المجنون الكبير عند الحاجة ولا يزيد على واحدة، وله أن يزوج من الصغير أربعاً،وأن يزوج المجنون الصغير وإن لم يكن ذلك للحاكم، ويزوج المجنونة الصغيرة والبالغة، وكذا الحاكم مع المصلحة بكراً كانت أو ثيباً.

ولا يفتقر الحاكم إلى مشاورة أقاربها ولا الحاجة، بل يكفي المصلحة فيها.

بخلاف غيره.

وكذا الغيبة والفسق، ولا تزول بهما الولاية عندنا فللفاسق أن يزوج ابنته الصغيرة والمجنونة، سواء كان الفسق سابقاً أو متجدداً، لأنه لا يسلب أهلية البحث والنظر عن الأصلح من الرجال، ولو أراد تزويجها بمن لا مصلحة فيه منعه الحاكم، وكذا القول في الغيبة، لكن لو عرضت ضرورة إلى التزويج مع غيبة الولي تولاه الحاكم، دفعاً للضرورة.

قوله: (المطلب الثالث: في المولّى عليه

لا ولاية في النكاح إلّا على ناقص بصغر أو جنون أو سفه أو رق، وللأب أن يزوج المجنون الكبير عند الحاجة ولا يزيد على واحدة، وله أن يزوج من الصغير أربعاً وأن يزوج المجنون الصغير ـ وإن لم يكن ذلك للحاكم ـ ويزوج المجنونة الصغيرة والبالغة، وكذا الحاكم مع المصلحة، بكراً كانت أو ثيباً، ولا يفتقر الحاكم إلى مشاورة أقاربها ولا الحاجة، بل تكفي المصلحة فيها).

. . . .

قد علم أن مناط الولاية في النكاح هذه الأمور، فلا تثبت إلّا بواحد منها، لكن على القول بأن إذن الحاكم ليس شرطاً في نكاح السفيه لا يكاد يتحقق للولاية عليه في النكاح معنى.

فان قيل: معنى الولاية عليه منعه في غير محل الحاجة.

قلنا: لكل أحد هذا المنع من باب الحسبة، فلا معنى للولاية عليه حينئذ.

إذا عرفت ذلك فقد تقدم كثير من أحكام المولّى عليهم، واستيفاء الباقي هنا.

فاعلم: أن للأب أن يزوج المجنون الكبير عند حاجته إلى النكاح لا بدونها، لأن لوازم النكاح ـ من المهر والنفقة ـ تقتضي اتلاف ماله من غير حاجة ولا مصلحة في ذلك، وحصول الولد غير منظور إليه هنا، لأن الواجب على الولي حفظ المال وصيانته عن التلف، فيقتصر في ذلك على موضع الحاجة.

وتتحقق الحاجة برغبته في النساء وتتبّعهنّ وتعلّقه بهنّ وطلب الفعل منهنّ وما أشبه ذلك، وكذا تتحقق إذا احتاج إلى امرأة تخدمه وتتعهده بالقيام به ولا يوجد من يقوم بذلك، وتكون مؤنة الزواج أخف من شراء أمة تخدمه، أو لا تتفق أمة تقوم مقام الزوجة في خدمته، فحينئذ تُستأجر، لئلا ترجع عن الوعد بالخدمة، فان ذلك ليس واجباً عليها، ومثله ما لو ظن شفاؤه بذلك استناداً إلى قول عارف أو تجربة سابقة، فحينئذ يزوجه الأب أو الجد له، ومع عدمهما فالحاكم.

ولا يزيد على الواحدة، لزوال الضرورة بها، وهذا واضح إذا كان الداعي هو شهوة الجماع أو ظن الشفاء، أما إذا كان الداعي هو الحاجة إلى الخدمة فانه يقتضي التعدد، فحينئذ يزوجه قدر ما تقتضيه الحاجة مراعياً للمصلحة، وقد أومأ إليه المصنف في التذكرة في نكاح السفيه[1].

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٦١٠.

. . . .

وللأب والجد له ووصي أحدهما ـ على القول بثبوت ولايته في النكاح ـ تزويج الصغير بما فوق الواحدة إلى أربع، للنص[1] والاجماع على أن للأب والجد له تزويجه وأن نكاحه منوط بالمصلحة لا بالحاجة، وقد توجد المصلحة في الأربع، واطلاق النصوص صالح لتناول نكاح الأربع، وهو مقرب التذكرة[2].

ويحتمل المنع مما زاد على الواحدة لئلا تكثر المؤنة عليه، وضعفه ظاهر، لأن الحكم هنا دائر مع المصلحة.

وليس للحاكم ذلك، لأن ولايته إنما تثبت في محل الضرورة اتفاقاً، ولا ضرورة في حال الصغر إلى النكاح.

ولقائل أن يقول: إن الحاجة إلى الخدمة قد تدعو إليه على وجه لا يندفع إلّا به، وكأنهم إنما أعرضوا عن ذلك لندور وقوعه.

ولو كان الصغير مجنوناً فللأب ومن في حكمه تزويجه واحدة بالمصلحة، وهل يجوز تزويجه أربعاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: ـ وهو المختار هنا ـ نعم، لأن تصرفات الأب للصغير منوطة بالمصلحة، والفرض وجودها في المتنازع، ولو لا ذلك لم يجز تزويجه إياه واحدة أيضاً، لتناول اطلاق النصوص ـ الدالة على ثبوت الولاية للأب والجد له على الصغير المجنون ـ تزويجه الأربع.

والثاني: لا يجوز ما فوق الواحدة، لئلا تلزم زيادة المؤنة، ولأن الكبير كذلك فالصغير أولى.

ويمكن الفرق: بأن التصرف على الكبير منوط بالضرورة، بخلاف الصغير،

---

(١) الكافي ٥:٣٩٥ باب ٥٨، التهذيب ٧:٣٩٠ حديث ١٥٦٠ ـ الى ـ ١٥٦٥.

(٢) التذكرة ٢:٦١٠.

. . . .

فان التصرف عليه منوط بالمصلحة، وتردد المصنف في التحرير[١]، ومختار الكتاب قويّ، تمسكاً بظاهر النصوص.

وأما المجنونة فيجوز تزويجها ـ صغيرة كانت أو كبيرة، بكراً كانت أو ثيباً ـ للأب والجد له ثم الحاكم، وليست كالمجنون، لأنها تستفيد من النكاح المهر والنفقة[٢]، والمجنون يغرمها، ولا يجوز تزويجها إلا مع وجود المصلحة.

وصرح المصنف في التذكرة بأنه لا فرق بين من سبق بلوغها ورشدها ثم جنت، وبين المجنونة الصغيرة إذا استمر جنونها، في أن الولاية عليها للأب والجد له، ومع فقدهما فللحاكم، وحكى عن الشافعي[٣] وجهاً بأن التي تجدد جنونها بعد بلوغها تكون الولاية عليها للسلطان كالمال، ثم رده بمنع الأصل[٤]، وكذا صرح في التحرير[٥] في هذا الباب، والمنقول عن شيخنا الشهيد[٦] من أن الولاية للحاكم، وليس ببعيد.

وحكى المصنف[٧] عن أكثر الأصحاب أن المجنونة الصغيرة لا يزوجها الحاكم إذا فقد الأب والجد له، لانتفاء حاجتها إلى النكاح في الحال، وغير الأب والجد لا يملك الاجبار، ولم يرجح شيئاً.

ومختاره هنا الجواز، لأن النكاح بالنسبة إلى الأُنثى محض مصلحة ولا ضرر فيه،

---

(١) التحرير ٢:٨.

(٢) في «ش»: لأنها تستفيد النفقة والمهر.

(٣) مغني المحتاج ٣:١٦٩.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢:٦١٠.

(٥) التحرير ٢:٦.

(٦) لفظ (الشهيد) لم يرد في «ض».

(٧) لفظ (المصنف) لم يرد في «ش».

والسفيه لا يجبر؛ لأنه بالغ، ولا يستقل؛ لأنه سفيه، لكن يتزوج بإذن الولي مع الحاجة، ولا يزيد على مهر المثل.

وإذا لم يعيّن له المرأة لم ينكح على خلاف المصلحة شريفة يستغرق مهر مثلها ماله.

والكفؤ قد لا يتفق بعد البلوغ.

ويشكل: بأن ثبوت ولايته هنا تقتضي ثبوت الولاية له على الصغيرة العاقلة بطريق أولى، وولاية الاجبار لا تثبت لغير الأب والجد، لانتفاء الدليل، وقد سبق في كلامه في المطلب الأول أن الحاكم لا ولاية له على الصغيرين.

ويمكن أن يحمل قوله هنا: (وكذا الحاكم مع المصلحة) أن ذلك له في البالغة المجنونة، فينتفي التنافي بين العبارتين، إلاّ أنه خلاف الظاهر.

ومتى انتهى أمر الولاية إلى الحاكم لم يفتقر إلى مشاورة أقرباء المجنونة، إذ لا حق لهم في الولاية عندنا، وقد عرفت أن المصلحة حينئذ كافية، فلا يتوقف على الحاجة.

قوله: (والسفيه لا يجبر لأنه بالغ، ولا يستقل لأنه سفيه، لكن يتزوج بإذن الولي مع الحاجة ولا يزيد على مهر المثل، وإذا لم يعين المرأة لم ينكح على خلاف المصلحة شريفة يستغرق مهر مثلها ماله).

لا ريب أن السفيه لا يجبر على النكاح، لأنه بالغ عاقل، ولا يجوز له الاستقلال به، لأنه لسفهه وتبذيره محجور عليه شرعاً ممنوع من التصرفات المالية، فلابد من إذن الولي، فاذا أذن له تولّى العقد بنفسه لصحة عبارته أو وكل من شاء، وإنما يجوز للولي الاذن له مع الحاجة قطعاً.

والحاجة إما شهوة النكاح، أو الاحتياج إلى الخدمة على وجه لا تكون المصلحة إلاّ في النكاح، وعلى هذا فلو احتاج إلى أزيد من واحدة جاز إنكاحه الزائد مع

ولو تزوج بغير اذن فسد، فإن وطأ وجب مهر المثل على اشكال.

المصلحة على ما ذكرناه سابقاً، وبه صرح في التذكرة[١].

ومعلوم أنه إذا أذن له الولي في النكاح لا يجوز أن يأذن له فيما زاد على مهر المثل،وقد أسلفنا أنه إذا لم يعيّن له المرأة ولا المهر لا يجوز له أن ينكح شريفة يستغرق مهر مثلها ماله على خلاف المصلحة، وهذا بناء على جواز اطلاق الاذن من الولي، أما على العدم، فالاذن المطلق لاغ.

وقد يستفاد من قوله: (على خلاف المصلحة) أن المصلحة لو اقتضت نكاح الشريفة المذكورة كما لو كان شريفاً ولم يتفق من تليق بحاله سواها جاز، وهو محتمل.

قوله: (ولو تزوج بغير اذن فسد، فان وطأ وجب مهر المثل على إشكال).

قد حققنا أن الحجر على السفيه وثبوت الولاية عليه لا يكاد يتحصل له معنى، إلّا إذا توقف نكاحه ـ في موضع حاجته إلى النكاح ـ على إذن الولي، وبدونه يقع العقد فاسداً، وقد بينا منافاة هذا الكلام السابق وطريق التأليف، فلا حاجة إلى اعادته.

وينبغي أن يراد بالفساد ما لا ينافي وقوعه موقوفاً، إذ ليس هو أسوأ حالاً من عقد الفضولي، فاذا عقد السفيه بدون الاذن ودخل ففي وجوب مهر المثل إشكال ينشأ:

من أن المقتضي للمنع من نكاحه هو المقتضي من لزوم المهر، فلو أوجبناه بالوطء فات الغرض، ولأن ذلك يجري مجرى ما إذا تلف المبيع في يد السفيه وقد اشتراه بعد الحجر، فانه يضيع على بائعه وإن كان جاهلاً.

ومن أن استيفاء منفعة البضع اتلاف، فيضمن قيمته في ماله كسائر المتلفات،

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٦١٠.

وذلك مهر المثل، ولأن الوطء المحترم لا يخلو من مهر.

واعلم ان للأصحاب في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

أ: وجوب مهر المثل، لما قلناه، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[١].

ب: لا شيء أصلاً، نقله الشيخ فيه عن قوم، وقال: إنه قويّ[٢]، لأنها المتلفة لمنفعة بضعها بتسليم نفسها[٣]، وفيه نظر، لأن التسليم ليس اتلافاً، وإنما المتلف من استوفى المنفعة.

ج: التفصيل بكونها عالمة بالحال فلا مهر لها، وجاهلة فلها مهر المثل، وهو اختيار ابن البراج[٤]، واستحسنه المصنف في المختلف[٥]، وزاد تفصيلاً آخروهو: جهلها بالحكم أيضاً، فلو علمت بالسفه وجهلت الحكم فكالجاهلة بالسفه، وهذا أقوى.

ويحتمل أن يقال: إذا كان المسمّى مهر المثل فما دون يصح النكاح، لأن ابطاله حينئذ يقتضي الضرر وفوات الحكمة المطلوبة من إبطاله.

وليس بشيء، لأن العقد إذا وقع غير صحيح كيف يصح بالدخول.

ويمكن أن يقال: إن النكاح لما كان موقوفاً على إجازة الولي، فالأغبط في هذه الصورة إجازته، وحينئذ فيصح النكاح ولا يجب مهر المثل وإن كان المسمى زائداً على مهر المثل، إذا لم تكن الزيادة زائدة على مهر آخر[٦]، وهذا قوي، ولم أجد به تصريحاً لأحد ولا احتمال.

---

(١) المبسوط ٤: ٢٩٣.

(٢) في المبسوط: أقوى.

(٣) المبسوط ٤: ٢٩٣.

(٤) المهذب ٢: ٢١٠.

(٥) المختلف: ٥٥٦.

(٦) في «ض»: المثل.

ولو لم يأذن له الولي مع الحاجة أذن له السلطان، فإن تعذر ففي صحة استقلاله نظر،

نعم لو لم تكن للسفيه حاجة إلى النكاح، فهنا لابد من القول بلزوم مهر المثل وبطلان العقد.

فرع: لو علم الولي حاجة السفيه إلى النكاح فهل يصح قبوله له من دون إذنه؟ فيه احتمالات، وصرح الشيخ بعدم اشتراط الاذن[1].

قوله: (ولو لم يأذن له الولي مع الحاجة أذن له السلطان، فان تعذر ففي صحة استقلاله نظر).

إذا لم يأذن الولي للسفيه في موضع الحاجة وأمكن الوصول إلى الحاكم استأذنه وسقط اعتبار الولي، لأن الحاكم هو الولي العام عند عدم الولي الخاص، ومع تعذر الاذن من الولي الخاص جرى مجرى المعدوم، ولم يعتبر في التذكرة[2] استئذان السلطان وكذا الشيخ[3]، وهو واضح بناء على أن الاذن ليس بشرط، أما على اشتراطه فلا، فما هنا أوجه.

فان تعذر الوصول إلى الحاكم، ففي صحة استقلال السفيه بالعقد نظر، ينشأ:

من أن حق النكاح قد تعين له، فاذا تعذر أن يستوفيه بغيره جاز له أن يستوفيه بنفسه، كمن له دين عند غيره فمنعه وتعذر الوصول إلى الحاكم، فانه يستقل بالاستيفاء بغير رضى المديون، ولما فيه من الضرر العظيم المنفي بالآية[4] والحديث[5].

---

(١) المبسوط ٤:١٦٥.

(٢) التذكرة ٢:٦١١.

(٣) المبسوط ٤:١٦٦.

(٤) وهي قوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ الحج:٧٨.

(٥) وهي قوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار» الكافي ٥:٢٨٠ حديث ٤ وصفحة ٢٩٤ حديث ٨، الفقيه ٣:٤٥ حديث ١٤٧ و١٤٨، التهذيب ٧:١٤٦ حديث ٦٥١ و٧٢٧، مسند أحمد ١:٣١٣.

ولا يدخل تحت الحجر طلاقه ولا طلاق العبد.

ولو طلب الرقيق النكاح لم يجب الاجابة، وأمة المرأة تزوجها سيدتها، ولا يحل نكاحها من دون اذنها، سواء المتعة والدائم على رأي.

ومن أنه محجور عليه، فلا يصح تصرفه أصلاً كالمجنون والصبي.

والفرق قائم: فان عبارته صحيحة، بخلاف الصبي والمجنون، وضرر التبذير يندفع بمراعاة مهر المثل ونكاح المرأة اللائقة بحاله، وهذا أصح[1].

قوله: (ولا يدخل تحت الحجر طلاقه ولا طلاق العبد).

لا ريب أنه لا يدخل تحت الحجر طلاق السفيه ولا طلاق العبد، لقوله عليه السلام: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»[2] فيتولّى كل منها الطلاق بمشيئته، ولو كان السفيه مطلاقاً اشتُري له جارية.

ويجب أن يستثنى من إطلاق الحكم في العبد ما إذا كانت زوجته أمة مولاه، فانّ أمر التفريق بينهما راجع إلى المولى، أما أمة الغير والحرة فطلاقها بيده.

قوله: (ولو طلب الرقيق النكاح لم تجب الاجابة، وأمة المرأة تزوّجها سيدتها، ولا يحل نكاحها من دون إذنها، سواء المتعة والدائم على رأي).

لا يجب على السيد إنكاح رقيقه وإن طلبه، لما في ذلك من الضرر، لأن كثيراً من مطالبه تتعطل، وكثيراً من منافع العبد تفوت، ويلزم المولى بسبب ذلك مهر ونفقة، وذلك ضرر عظيم.

وقال جمع من العامة: إذا طلب العبد النكاح أُجبر المولى عليه، وليس بشيء.

ولو خشي الرقيق ضرراً بسبب عدم التزويج وظهرت أمارته، فهل يجب بيعه أم تزويجه أم لا يجب شيء منها؟ كل محتمل، والاستحباب مع الطلب لا بحث فيه.

---

(١) في «ش»: صرح في التذكرة آخراً: بأن من تجدد سفهه يزوجه الأب والجد ثم الحاكم.

(٢) سنن ابن ماجة ١: ٦٧٢ حديث ٢٠٨١، سنن البيهقي ٧: ٣٦٠.

• •

وقد قدمنا أن للسيد إجباره على النكاح، فله أن يتولّى القبول وأن يجبره على القبول،ويقع صحيحاً عندنا كاجبار الحاكم الوليّ على إنكاح المولّى عليه، نعم لو ارتفع قصده أصلاً لم يعتد بالقبول، ويقبل اقرار السيد على العبد بالنكاح كاقرار الأب على ابنته، صرح بذلك في التذكرة[1].

وكما أن رقيق الرجل لا يتزوج إلّا باذنه، فكذا رقيق المرأة، سواء العبد والأمة الدائم والمتعة، ذهب إلى ذلك أكثر أصحابنا، لقوله تعالى: ﴿لا يقدر على شيء﴾[2] وقوله تعالى: ﴿فانكحوهن باذن أهلهن﴾[3] ولأنه تصرف في ملك الغير بغير اذنه.

وجـوز الشيخ في النهاية[4] المتعة بأمة المرأة بغير اذنها، قائلاً: بأن الأفضل استئذانها، احتجاجاً بما رواه سيف بن عميرة عن علي بن المغيرة في الصحيح، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتمتع بأمة المرأة بغير إذنها؟ قال: «لا بأس به»[5].

وهذه رواية شاذة مخالفة لأصول المذهب، فان التصرف في مال الغير بغير إذنه قبيح عقلاً منهيّ عنه شرعاً، خصوصاً الفروج التي يطلب فيها كمال الاحتياط، وقد يتعلق بذلك نسل ويجر إلى كثير من الأحكام كالارث والمحرمية.

والاقـدام على ذلك بمثل هذه الرواية ـ التي أعرض جميع الأصحاب عن العمل بها، حتى أن الشيخ رجع عن قوله في النهاية إلى المنع[6]، مع كثرة الدلائل

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٩٠.

(٢) النحل: ٧٥.

(٣) النساء: ٢٥.

(٤) النهاية: ٤٩٠.

(٥) التهذيب ٧: ٢٥٧ حديث ١١١٤.

(٦) رجع عن قوله في جواب المسائل الحائريات كما في السرائر: ٣٠٤.

ولا يكفي سكوت البكر في حق أمتها، ويكفي في حقها.

الدالة على المنع ـ بعيد عن الاحتياط ومجانب لطريقة الورع، والأصح الأول.

قوله: (ولا يكفي سكوت البكر في حق أمتها ويكفي في حقها).

الفرق بينها: أنها تستحي في نكاح نفسها غالباً دون نكاح أمتها، فاكتفي بسكوتها في نكاح نفسها في كونه إذناً دون أمتها، فلابد من التصريح بالاذن، وقد أطبقوا على أن البكر يكفي في إذنها سكوتها.

وروي عن النبي صلّى الله عليه وآله أنه قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، وإن سكوتها إذنها»[1].

ومن طريق الخاصة ما رواه داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام، في رجل يريد أن يزوج أُخته، قال: «يؤامرها، فان سكتت فهو إقرارها»[2].

وفي حكم البكر من زالت بكارتها: بطفرة، أو وثبة، أو سقطة، أو بالاصبع، أو حدّة الطمث، أو طول التعنيس[3]، أو الدودة المسماة بالحرقوص على أرجح الوجهين، وهو مقرب التذكرة[4]، لأن حكم الأبكار يزول بمخالطة الرجال ولم يحصل، فهي على غباوتها وحيائها.

أما من زالت بكارتها بالجماع فانها ثيب، سواء كان الجماع بالعقد أو بالملك أو الشبهة أو الزنا، صغيرة كانت حين الوطء أو كبيرة، لصدق أنها ثيب، ولزوال الحياء بممارسة الرجال.

نعم لو وطأت قبل سن التمييز فزالت بكارتها أمكن القول بأنها كالبكر، وفي

---

(١) سنن البيهقي ٧:١٢٢.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣:٢٥١ حديث ١١٩٦، التهذيب ٧:٣٨٦ حديث ٥٥٠، الاستبصار ٣:٢٣٩ حديث ٨٥٦.

(٣) عنست الجارية تعنس بالضم عنوسا وعناسا فهي عانس، وذلك إذا طال مكثها في منزل أهلها بعد ادراكها حتى خرجت من عداد الأبكار، قاله الجوهري في الصحاح ٣:٩٥٣ عنس.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢:٥٨٧.

والأقرب استقلال المعتقة في المرض بالتزويج، فإن رجعت أو بعضها رقاً بطل العقد إلّا أن يجيز المولى.

الموطوّة في الدبر وجهان، واعتبار النطق فيها قوي، لزوال الحياء، واختاره في التذكرة[1].

وهذا إنما [يكون][2] حيث لا يكون مع السكوت قرينة دالة على عدم الرضا، فانه لا يكون إذناً قطعاً.

ولو ضحكت عند استئذانها فهو إذن، لأنه أقوى من السكوت، ولو بكت ففي كونه إذناً قول لابن البراج[3]، واستشكله المصنف في المختلف[4].

قوله: (والأقرب استقلال المعتقة في المرض بالتزويج، فان رجعت أو بعضها رقاً بطل العقد، إلّا أن يجيز المولى).

أي لو أعتق المريض أمته جاز لها أن تستقل بتزويج نفسها وإن كان ثلث التركة لا يفي بقيمتها على الأقرب، لأن العتق الصادر منه صحيح ظاهراً، لأنه عتق صدر من أهله في محله.

إما أنه صدر من أهله فلأنه مالك مستقل بالتصرف، والناس مسلطون على أموالهم، وعموم: (أوفوابالعقود)[5] يقتضي النفوذ ظاهراً.

وإمـا أنه في محلّه فلأن الفرض أن الأمة قابلة للعتق، ولا مانع منه إلّا حق الوارث، وحقه بعد الموت لا قبله.

والمراد من الحجر على المريض فيما زاد على الثلث: المنع من نفوذ تصرفه فيه

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٨٧.

(٢) في «ش» و«ض»: هو، والمثبت من النسخة الحجرية وهو الأولى.

(٣) المهذب ٢:١٩٤.

(٤) المختلف: ٥٣٨.

(٥) المائدة: ١.

ولا ولاية على البالغ الرشيد الحر اجماعاً، ولا على البالغة الرشيدة الحرة وإن كانت بكراً على الأصح في المنقطع والدائم.

ظاهراً وباطناً بحيث لا يبقى للوارث عند الموت حق فيها تصرف فيه أصلًا، لا بطلانه في الحال، إذ لا دليل عليه، ولأن تعلق حق الوارث بالأمة غير معلوم، فانه إنما يكون إذا مات المعتق في مرضه ذلك، والأصل بقاء حياته.

وعلى تقدير الموت فلابد من كون الثلث حينئذ أقل من قيمة الأمة، ولا اعتبار بما قبله، وهذا مشكوك فيه، فلا يكون مجرد الاحتمال مانعاً من نفوذ التصرف الصادر من المالك المستند إلى الدلائل السابقة.

فاذا ثبت نفوذ العتق ظاهراً أُجريت عليه أحكامه: من صحة استقلالها بالنكاح وغيره من التصرفات، وجواز عقد المعتق عليها.

ثم إذا رجعت ـ كلها رقاً لظهور دين مستغرق عند الموت، أو بعضها إذا لم يف الثلث بقيمتها ـ تبيّنا بطلان العقد، إلّا أن يكون المولى قد أجاز عقد الغير عليها قبل موته أو يجيزه الوارث بعد الموت، فانه لا يبطل.

ويحتمل العدم، لأن الاستقلال فرع الحرية بجميعها، وحصولها وعدمه إنما يعلم عند الموت أو البرء من ذلك المرض، وجهالة الأصل تقتضي جهالة فرعه.

ويضعّف بأن فرع الحرية ظاهراً لا باطناً، والمجهول حصوله هو الحرية بحسب الواقع، ومدار الأحكام الشرعية على الأمور الظاهرة، فان من اشترى مالاً من مالك ظاهراً أو وكيله إنما يحكم بنفوذ البيع ظاهراً، حتى لو تبيّن أن الملك لغيره أو أن مدعي الوكالة كان كاذباً أو طرأ العزل الشرعي على وكالته، تبيّنا بطلان البيع وجميع التصرفات المترتبة عليه من نكاح وغيره، وما نحن فيه كذلك من غير فرق.

قوله: (ولا ولاية على البالغ الرشيد الحر إجماعاً، ولا على البالغة الرشيدة الحرة ـ وإن كانت بكراً على الأصح ـ في المنقطع والدائم،

ولو زوجها أبوها أوجدها وقف على اجازتها كالأجنبي، لكن يستحب لها أن لا تستقل من دونها بالنكاح، وأن توكل اخاها مع عدمها، وأن تخلد إلى أكبر الاخوة، وأن تتخير خيرته لو اختلفوا.

ولو زوجها أبوها أو جدها وقف على إجازتها كالأجنبي، لكن يستحب لها أن لا تستقل بالنكاح، وأن توكل أخاها مع عدمها، وأن تخلد إلى أكبر الاخوة، وأن تتخير خيرته لو اختلفوا).

أجمع علماء الاسلام على أن الحر البالغ الرشيد لا ولاية لأحد عليه في نكاح ولا غيره، كما أجمعوا على ثبوت الولاية على [الصغيرة والبالغ غير الكامل وكذا الصغيرة والمجنونة، واختلف أصحابنا في ثبوت الولاية على البكر][1] البالغة الرشيدة على أقوال خمسة: ـ بعد اتفاقهم على سقوطها عن الثيب البالغة الرشيدة، إلّا الحسن[2] ـ.

أ: نفي الولاية عنها في الدائم والمنقطع،اختاره المفيد في أحكام النساء[3] وابن الجنيد[4] والمرتضى[5] وسلار[6] والمصنف وأكثر المتأخرين[7]، وهو الأصح.

لنا: ظاهر قوله تعالى:﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾[8] جعل النكاح إليها، وهو على إطلاقه شامل للمدخول بها وغيرها، كذا احتج المصنف.

وفيه نظر، لأن المـطلقة ثلاثاً مرتبة لا يكون إلّا مدخولاً بها، إلّا أن يقال:

---

(١) ما بين المعقوفتين لم يرد في «ش» و«ض» وأثبتناه من النسخة الحجرية، لاختلال المعنى بدونه.

(٢) فانه قال بثبوت الولاية عليها، اُنظر: المغني لابن قدامة ٧:٣٨٥.

(٣) أحكام النساء، ضمن رسائل الشيخ المفيد: ٢٠.

(٤) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٣٤.

(٥) الانتصار: ١٢٢، المسائل الموصلية ضمن رسائل الشريف المرتضى المجموعة الأولى: ٢٣٥.

(٦) المراسم: ١٤٨.

(٧) منهم فخر المحققين في الايضاح ٣:٢١، والشهيد في اللمعة: ١٨٤.

(٨) البقرة: ٢٣٠.

• •

الدخول قد يكون بالوطء في الدبر، وهو غير مناف لبقاء البكارة.

وما روي أن فتاة جاءت إلى النبي صلّى الله عليه وآله فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخ له ليرفع خسيسته وأنا له كارهة، فقال: «اجيزي ما صنع أبوك» فقالت: لا رغبة لي فيما صنع أبي، قال: «فاذهبي فانكحي من شئت» فقالت: «لا رغبة لي عما صنع أبي، وإنما أردت أن أُعلم النساء أن ليس للآباء في أُمور بناتهم شيء»[1].

وما رواه في الحسن الفضيل بن يسار ومحمد بن مسلم وزرارة ويزيد بن معاوية عن الباقر عليه السلام قال: «المرأة التي ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولّى عليها أن تزويجها بغير ولي جائز»[2].

قيل: لا دلالة فيها، لأنه إن ادعي خروج البكر من المولّى عليها فهو المتنازع، وإلّا لم يفد.

قلنا: إن المتبادر ان قوله المرأة مبتدأ، وقوله غير المولّى عليها خبره، والمراد بالمولّى عليها من ثبتت الولاية عليها في المال، هذا هو المتبادر من اللفظ، ولا شك أن ذلك لا يشمل البكر التي لا حجر عليها في مالها.

وما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال: «إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشتري وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت، فان أمرها جائز»[3].

أُورد عليه: عدم ما يدل على اندراج البكر في قوله مالكة أمرها.

وجوابه: أن المتبادر من قوله تبيع وتشتري إلى آخره تفسيرالمالكة أمرها.

وما رواه منصور بن حازم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «تُستأمر

---

(١) سنن ابن ماجة ١:٦٠٢ حديث ١٨٧٤، سنن البيهقي ٧:١١٨.

(٢) الكافي ٥:٣٩١ حديث ١، الفقيه ٣:٢٥١ حديث ١١٩٧، التهذيب ٧:٣٧٧ حديث ١٥٢٥، الاستبصار ٣:٢٣٢ حديث ٨٣٧.

(٣) التهذيب ٧:٣٧٨ حديث ١٥٣٠، الاستبصار ٣:٢٣٤ حديث ٨٤٢.

. . . .

البكر وغيرها ولا تنكح إلّا بأمرها»[١].

وهذه لا تنفي التشريك، لكنه منتف بالأصل.

وما رواه سعدان بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: «لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبيها»[٢].

ب: قول الشيخ في النهاية أن الولاية عليها للأب والجد دونها[٣]، وهو اختيار ابن بابويه[٤] وابن أبي عقيل[٥] وابن البراج[٦].

لما رواه ابن أبي يعفور في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «لا تزوج ذات الآباء من الأبكار إلّا باذن أبيها»[٧].

ولرواية ابراهيم بن ميمون عن الصادق عليه السلام: «إذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر، وإذا كانت قد تزوجت لم يزوجها إلّا برضاً منها»[٨].

ولصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا تُستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها، ليس لها مع الأب أمر، وقال: يستأمرها كل أحد ما عدا الأب»[٩].

---

(١) التهذيب ٧:٣٨٠ حديث ١٥٣٥.

(٢) التهذيب ٧:٣٨٠ حديث ١٥٣٨، الاستبصار ٣:٢٣٦ حديث ٨٥٠.

(٣) النهاية: ٤٦٥، وفي «ض» ذكر أن هذا القول للشيخ في المبسوط، وهو خطأ، لأن الشيخ في المبسوط ٤:١٦٢ ذهب إلى أن المرأة الحرة إذا بلغت رشيدة ملكت عقد النكاح.

(٤) من لا يحضره الفقيه ٣:٢٥٠.

(٥) المختلف: ٥٣٤.

(٦) المهذب ٢:١٩٣ ـ ١٩٥.

(٧) الكافي ٥:٣٩٣ حديث ١، الفقيه ٣:٢٥٠ حديث ١١٩٠، التهذيب ٧:٣٧٩ حديث ١٥٣١، وفي هذه المصادر: «لا تزوج ذوات الآباء من الابكار إلا باذن آبائهن» إلا أن في الفقيه: «لا تنكح ذوات...».

(٨) التهذيب ٧:٣٨٠ حديث ١٥٣٦، الاستبصار ٣:٢٣٥ حديث ٨٤٨.

(٩) الكافي ٥:٣٩٣ حديث ٢، التهذيب ٧:٣٨٠ حديث ١٥٣٧، الاستبصار ٣:٢٣٥ حديث ٨٤٩.

. . . .

وفي هذه دلالة على أنها غير صغيرة، وفيها ما ينفي القول بانفرادها والتشريك بينها وبين الأب، ولأن الحكمة تقتضي ذلك، فان البكر لا معرفة لها بأحوال الرجال، فلو لم يجعل أمرها منوطاً بنظر الأب لم يؤمن أن ترتكب ما يترتب عليه فساد وضرر.

وأُجيب بحمل الروايات على كراهية التفرد وأولوية استئذان الأب جمعاً بين الأدلة، والتعليل الأخير ضعيف، لأن الرشيدة تستعلم أحوال الزوج بالتفحص عنه، كما تستعلم طرق المصلحة في التصرف في الأموال.

ج: التشريك بينها وبين الأب، فليس لأحدهما الاستقلال بالعقد، وبه قال المفيد في المقنعة[١] وأبو الصلاح[٢]، إلّا أنه زاد التشريك بينها وبين الجد.

والحجة موثقة صفوان قال: استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته لابن أخيه فقال: «افعل ويكون ذلك برضاها، لأن لها في نفسها نصيباً».

قال: واستشار خالد بن داود موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته علي ابن جعفر قال: «افعل ويكون ذلك برضاها، فان لها في نفسها حظاً»[٣].

وجوابه: أنّ قوله عليه السلام: «لها في نفسها نصيباً، لا يدل على أن للأب معها ولاية بمنطوق اللفظ، بل بمفهومه، ودلالة المفهوم ضعيفة، فيكف تعارض دلالة المنطوق؟ فتحمل على الأولوية دفعاً للتنافي.

د: إجازة تفردها بالمتعة دون الدوام، واختاره الشيخ في كتابي الأخبار[٤] جمعاً بين الأدلة.

وجوابه: أن بقاء الحجر على البكر إنما يكون لنقص رأيها، فلا يفرق فيه بين

---

(١) المقنعة: ٧٨.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٩٢.

(٣) التهذيب ٧: ٣٧٩ حديث ١٥٣٤.

(٤) التهذيب ٧: ٣٨٠ ـ ٣٨١، الاستبصار ٣: ٢٣٦.

ولو عضلها الولي ـ وهو أن لا يزوجها بالاكفاء مع رغبتها ـ استقلت اجماعاً.

الدائم والمتعة، وكذا عدمه. فالحمل على الأولوية أولى، بل موقع الضرر والفضيحة في المتعة أشد.

هـ: عكسه، وهو قول محكيّ لا يُعرف قائله، وقد يحتج له بالجمع بين الأدلة، وضعفه معلوم مما قبله.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنه على القول بسلب الولاية عن الحرة البالغة الرشيدة يستحب لها أن لا تستقل بالنكاح من دونها، لأنها أبصر منها بأحوال الرجال، ولما فيه من أمن حصول ما لا ينبغي، فان لم يكن لها أب ولا جد استحب لها أن توكل أخاها، وأن تعوّل على رأي أخيها الأكبر لو تعددت الأُخوة، لما سيأتي إن شاء الله تعالى من الرواية المتضمنة لتقديم عقد الأخ الأكبر[1].

وكذا يستحب لها أن تخلد إلى أكبر الأُخوة ـ أي: تركن إليه وتصير إلى رأيه، والخلد محركاً: القلب ـ وأن تتخير خيرته لو اختلفوا.

قوله: (ولو عضلها الولي ـ وهو: أن لا يزوجها بالأكفاء مع رغبتها ـ استقلت اجماعاً).

العضل هو: المنع، والمراد هنا: منعها من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه، والمحدّث عنه هو البالغة الرشيدة، والاجماع على استقلالها حينئذ من جميع[2] علمائنا، وفيه اعتراف بأن لها أهلية تولي النكاح، والعامة يجعلون الولاية حينئذ إلى الحاكم[3].

واعلم: أنه لا فرق في تحقق العضل ـ إذا منع الولي تزويجها من الكفء ـ بين

---

(١) التهذيب ٧:٣٨٧ حديث ١٥٥٣، الاستبصار ٣:٢٣٩ حديث ٨٥٨.

(٢) لفظ جميع لم يرد في «ش».

(٣) المجموع ١٦:١٨٥ و١٨٦، المغني لابن قدامة ٧:٣٦٨.

المطلب الرابع: الكفاءة معتبرة في النكاح، فليس للمرأة ولا للولي التزويج بغير كفء.

والمراد بها التساوي في الاسلام والايمان، فلا يصح تزويج المسلمة المؤمنة إلّا بمثلها.

ويجوز للمؤمن أن يتزوج بمن شاء من المسلمات،

أن يكون النكاح بمهر المثل أو لا، نعم لو منع من غير الكفء لم يكن عضلاً.

قوله: (المطلب الرابع: الكفاءة معتبرة في النكاح، فليس للمرأة ولا للولي التزويج بغير كفء، والمراد بها: التساوي في الاسلام والايمان، فلا يصح تزويج المسلمة المؤمنة إلّا بمثلها، ويجوز للمؤمن أن يتزوج بمن شاء من المسلمات).

الكفيء على وزن فعيل: النظير، وكذلك الكفء على وزن فعل والكفوء على وزن فعول، والمصدر الكفاءة بالفتح والمد.

ولا خلاف بين أهل[١] الاسلام في اعتبار الكفاءة في النكاح، لكنهم اختلفوا في تفسيرها، فذهب جمع من علمائنا إلى أنها عبارة عن الايمان والتمكن من النفقة، واقتصر بعضهم على الأول، وبعضهم لم يعتبر الايمان بل اكتفى بالاسلام عنه، فحصل ثلاثة أقوال:

أ: اعتبار الأمرين معاً، اختاره الشيخ في المبسوط[٢] والمصنف في التذكرة[٣]؛ لقول الصادق عليه السلام: «الكفء أن يكون عفيفاً عنده يسار»[٤].

---

(١) في «ض»: علماء.

(٢) المبسوط ٤: ١٧٨.

(٣) التذكرة ٢: ٦٠٣.

(٤) الكافي ٥: ٣٤٧ حديث ١.

. . . .

ب: الاكتفاء بالايمان، اختاره جمع من الأصحاب[١] والمصنف هنا، لقوله تعالى: ﴿إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله﴾[٢].

ولما روي عن الصادق عليه السلام قال: «إن الله عز وجل لم يترك شيئاً مما يحتاج إليه إلاّ علّمه نبيه صلّى الله عليه وآله، فكان من تعليمه إيّاه أن صعد المنبر ذات يوم فحمد الله واثنى عليه ثم قال:

أيها الناس إنّ جبرئيل أتاني من اللطيف الخبير فقال: إن الأبكار بمنزلة الثمر على الشجر إذا أدرك ثمارها فلم يجن أفسدته الشمس ونثرته الرياح، وكذلك الأبكار إذا أدركن ما يدرك النساء، فليس لهنّ دواء إلاّ البعولة، وإلاّ لم يؤمن عليهن الفساد، لأنهن بشر.

قال: فقام إليه رجل فقال: يا رسول الله فمن نزوج؟ قال: الاكفاء، قال: يا رسول الله من الاكفاء؟ فقال: المؤمنون بعضهم أكفاء بعض»[٣].

ج: الاكتفاء بالاسلام، اختاره المفيد[٤] والمحقق ابن سعيد[٥]، إما لأن الايمان هو الاسلام، أو لعدم الدليل الدال على اشتراط الايمان، أما اشتراط الاسلام فانه ثابت بالاجماع.

والأكثر على خلافه، لمفهوم قوله صلّى الله عليه وآله: «إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوّجوه، إلاّ تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير» ، ولما مرّ من قوله صلّى الله عليه وآله في بيان الكفء: «المؤمنون بعضهم أكفاء بعض» فلا يكون غير

---

(١) منهم الشيخ في النهاية: ٤٦٣، وابن البراج في المهذب ٢:١٧٩، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٤٠، وابن ادريس في السرائر : ٢٩٥.

(٢) النور: ٣٢.

(٣) الكافي ٥:٣٣٧ حديث ٢.

(٤) المقنعة: ٧٨.

(٥) الشرائع: ٢:٢٩٩.

. . . .

المؤمن كفئاً للمؤمنة، وإلّا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، ولأن المرأة تأخذ من دين بعلها، فلا يؤمن على المؤمنة أن يخدعها المخالف، لأن النساء ناقصات عقل ودين.

فان قيل: فعلى هذا إذا أُمن على المرأة انخداعها لقوة دينها وعشيرتها مثلاً جاز، كما يجوز للرجل المؤمن نكاح المخالفة، ويؤيده أن التحريم في المرأة لو كان بمجرد الخلاف لاستوى فيه الرجل والمرأة كالكفر.

قلنا: الحديث دال على أن المخالف ليس كفئاً للمؤمنة، ولا دلالة فيه على المنع من جانب الرجل، فيتمسك فيه بالأصل، والمرأة مظنّة الفتنة وإن كانت قوية الدين، والأحوال لا تنضبط، فلابد من حسم المادة وسد الباب.

ولا يجب مساواة المخالف في الدين للكفر من جميع الوجوه مع قيام الدليل على خلافه، فان الاجماع على الجواز في الرجل، وهذا في غير الناصب فانه كافر.

قال الصادق عليه السلام: «تزوّجوا في الشكاك ولا تزوجوهم، لأن المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه»[١].

وفي الصحيح عن الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام قال قال له الفضيل: أُزوج الناصب؟ قال: «لا ولا كرامة» الحديث[٢].

وعنه قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لامرأتي أُختاً عارفة على رأينا وليس على رأينا بالبصرة إلّا قليل، فأُزوجها ممن لا يرى رأيها؟ قال: «لا ولا نعمة إن الله عز وجل يقول: ﴿فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هُنّ حلّ لهم ولا هم يحلّون لهنّ﴾»[٣].

---

(١) الكافي ٥:٣٤٨ حديث ١، الفقيه ٣:٢٥٨ حديث ١٢٢٦، التهذيب ٧:٣٠٤ حديث ١٢٦٦، الاستبصار ٣:١٨٤ حديث ٦٧٠.

(٢) الكافي ٥:٣٤٨ حديث ٤، وفيه: ... قال له الفضيل: أتزوج الناصبة؟ قال: «لا ولا كرامة».

(٣) الكافي ٥:٣٤٩ حديث ٦، سورة الممتحنة: ١٠.

وليس له أن يتزوج بكافرة حربية اجماعاً، وفي الكتابية خلاف، اقربه جواز المتعة خاصة.

وفي صحيحة عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام: النهي عن تزويج الناصب المؤمنة والمستضعفة المؤمنة[١].

وعن الصادق عليه السلام: «إن العارفة لا توضع إلاّ عند العارف»[٢].

والأصح اشتراط الايمان في ترويج المؤمنة واشتراط التمكن من النفقة في وجوب الاجابة على الولي ـ لأن الصبر على الفقر ضرر عظيم ـ لا في الجواز، لأن المال غاد ورائح، وليس محط نظر أهل المروآت وذوي البصائر.

قوله: (وليس له أن يتزوج بكافرة حربية اجماعاً، وفي الكتابية خلاف، اقربه جواز المتعة خاصة).

اختلف الأصحاب في جواز نكاح المسلم الكافرة على أقوال ستة:

أ: التحريم بجميع أنواع نكاحهن ـ اختاره المرتضى[٣] والشيخ في أحد قوليه[٤]، وهو أحد قولي المفيد[٥]، وقواه ابن ادريس[٦] ـ لوجوه:

أ: قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾[٧] وجه الاستدلال به عمومه لجميع أهل الكفر، وهو ظاهر في غير أهل الكتاب، وأما اهل الكتاب فيدل على كونهم مشركين قوله تعالى: ﴿وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى

---

(١) الكافي ٥:٣٤٩ حديث ٨، التهذيب ٧:٣٠٢ حديث ١٢٦١.

(٢) الكافي ٥:٣٥٠ حديث ١١.

(٣) الانتصار: ١١٧.

(٤) تفسير التبيان ٢:٢١٧.

(٥) المقنعة: ٧٦.

(٦) السرائر: ١٩١ و٣١١.

(٧) البقرة: ٢٢١.

. . . .

المسيح ابن الله﴾ إلى قوله سبحانه: ﴿عما يشركون﴾[١] سماهم مشركين، وقال سبحانه: ﴿اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله والمسيح بن مريم﴾[٢].

ب: قوله تعالى: ﴿ولاتمسكوا بعصم الكوافر﴾[٣] وبين الزوجين عصمة، فيدخل النكاح تحت النهي.

ج: قوله تعالى: ﴿لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة﴾[٤] ونفي الاستواء للعموم، فيعم جميع الأحكام التي من جملتها حل التناكح.

د: النكاح يتضمن الموادّة، وموادّة من حادّ الله محرمة، فكذا نكاحه.

هـ: رواية الحسن بن جهم عن الرضا عليه السلام[٥] تقتضي أن قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾[٦] نسخ قوله تعالى: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾[٧] ورواية زرارة بن أعين عن الباقر عليه السلام[٨] صريحة في ذلك.

ب: جواز متعة اليهود والنصارى اختياراً والدوام اضطراراً، وهو اختيار الشيخ في النهاية[٩] وابن حمزة[١٠] وابن البراج[١١].

---

(١) التوبة: ٣٠.

(٢) التوبة: ٣١.

(٣) الممتحنة: ١٠.

(٤) الحشر: ٢٠.

(٥) الكافي ٥:٣٥٧ حديث ٦، التهذيب ٧:٢٩٧ حديث ١٢٤٣، الاستبصار ٣:١٧٨ حديث ٦٤٧.

(٦) البقرة: ٢٢١.

(٧) المائدة: ٥.

(٨) الكافي ٥:٣٥٨ حديث ٨، التهذيب ٧:٢٩٨ حديث ١٢٤٥، الاستبصار ٣:١٧٩ حديث ٦٤٩.

(٩) النهاية: ٤٥٧.

(١٠) الوسيلة: ٣٤٠.

(١١) المهذب ٢:١٨٧.

. . . .

ج: عدم جواز العقد بحال وجواز ملك اليمين، وهو أحد قولي....[١].

د: جواز المتعة وملك اليمين باليهودية والنصرانية وتحريم الدوام، وهو اختيار أبي الصلاح[٢] وسلار[٣] وأكثر المتأخرين[٤].

هـ: تحريم نكاحهن مطلقاً اختياراً وتجويزه مطلقاً اضطراراً وتجويز الوطء بملك اليمين، وهو اختيار ابن الجنيد[٥].

و: التجويز مطلقاً، وهو اختيار ابن أبي عقيل[٦] وابن بابويه[٧]، لقوله تعالى: ﴿والمحصنات من الذين أُوتوا الكتاب من قبلكم﴾[٨] وقوله تعالى: ﴿واحل لكم ما وراء ذلكم﴾[٩].

ولرواية أبي مريم الأنصاري عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن طعام أهل الكتاب ونكاحهم؟ فقال: «نعم قد كانت تحت طلحة يهودية»[١٠].

وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن نكاح اليهودية

---

(١) العبارة ناقصة كما ترى، والظاهر أن النسخة الاصلية كانت هكذا: وهو أحد قولي دد، فحذف النساخ أحد الدالين لتصورهم زيادتهم، ولم يعلموا أن أحد الدالين اشارة الى المفيد والاخرى اشارة الى الفرع. ويؤيده ايضا أن هذا هو القول الثاني للمفيد في المقنعة: ٧٨ في باب عقد الاماء، والقول الاول له قد مر في فرع (أ).

(٢) الكافي في الفقه: ٢٢٩ ـ ٣٠٠.

(٣) المراسم: ١٤٨.

(٤) منهم المحقق في الشرائع ٣:٢٩٤، والشهيد في اللمعة: ١٩١، وغيرهما.

(٥) المختلف: ٥٣٠، ايضاح الفوائد ٣:٢٢.

(٦) المصدر السابق.

(٧) المصدر السابق.

(٨) المائدة: ٥.

(٩) النساء: ٢٤.

(١٠) التهذيب ٧:٢٩٨ حديث ١٢٤٦، الاستبصار ٣:١٧٩ حديث ٦٥٠.

والنصرانية؟ قال: «لا بأس به، أما علمت أنه كان تحت طلحة بن عبد الله يهودية على عهد النبي صلّى الله عليه وآله»[١].

وفي الصحيح عن معاوية بن وهب وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام، في الرجل المؤمن يتزوج اليهودية والنصرانية، قال: «إذا أصاب المسلمة فما يصنع باليهودية والنصرانية» فقلت له: يكون له فيها الهوى، فقال: «إن فعل فليمنعها من شرب الخمر واكل لحم الخنزير واعلم ان عليه في دينه غضاضة»[٢].

قال المصنف في المختلف: وهذا الحديث من صحاح الأحاديث الواصلة الينا في هذا الباب[٣].

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن الدلائل من الطرفين عامة، وليس فيها ما يدل على تحريم نكاح مخصوص أو حلّه، فطريق الجمع بينها بالحمل على تحريم بعض الأنكحة وحل بعض.

ولا ريب أن حمل دلائل الحل على الدوام والباقي على المتعة حمل غير جيد، لأن في الأخبار إيماء إلى أن ارتكاب نكاح الكافرة لا يكون إلّا في محل الحاجة، والنكاح المعد لدفع الحاجة هو نكاح المتعة دون الدوام، لأنه النكاح المطلوب للسنة، ولحصول النسل، وهو المتضمن للموادّة، وأيضاً فان نكاح المتعة في معنى ملك اليمين، فهو أولى بأن تحمل دلائل الحل عليه.

وهذا أصح وأقرب من الحمل على محل الضرورة بالنسبة إلى الدوام، على أن رواية معاوية بن وهب تأبى هذا الحمل، فانها ظاهرة في جواز فعله اختياراً، وقوله تعالى

---

(١) التهذيب ٧: ٢٩٨ حديث ١٢٤٧، الاستبصار ٣: ١٧٩ حديث ٦٥١.

(٢) الكافي ٥: ٣٥٦ حديث ١، التهذيب ٧: ٢٩٨ حديث ١٢٤٨، الاستبصار ٣: ١٧٩ حديث ٦٥٢.

(٣) المختلف: ٥٣٦.

وله استصحاب عقدهن دون الحربيات، والمجوسية كتابية.

ولا يتزوج بالناصبية المعلنة بعداوة أهل البيت عليهم السلام.

ويستحب للمؤمن أن يتزوج بمثله، وللحر أن يتزوج بالأمة، وللحرة أن تتزوج بالعبد، وكذا شريفة النسب بالأدون كالهاشمية والعلوية بغيرهما،

في الاية السابقة: ﴿إذا آتيتموهنّ أجورهنّ﴾[1] فيه ايماء إلى المتعة.

قوله: (وله استصحاب عقدهن دون الحربيات).

أي: للمسلم استصحاب عقد الكتابيات من الكفر إلى الاسلام، فاذا أسلم زوج الكتابية بقي نكاحها اجماعاً، بخلاف الحربيات، فان نكاحهن ينفسخ إذا كان الاسلام قبل الدخول، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة.

قوله: (والمجوسية كتابية).

لقوله عليه السلام: «سنّوا بهم سنة أهل الكتاب» وفيه ايماء إلى أنهم ليسوا أهل كتاب.

قوله: (ولا يتزوج بالناصبية المعلنة بعداوة أهل البيت عليهم السلام).

لأنها كافرة، والناصب شرّ من اليهودي والنصراني على ما روي في أخبار أهل البيت عليهم السلام، ولا خلاف في ذلك عندنا، سواء المتعة والدوام.

قوله: (ويستحب للمؤمن أن يتزوج بمثله).

ويكره بالمخالفة غير الناصبية، فانّ المؤمنة أعون على الدين وولدها أحرى بأن يكونوا مؤمنين.

قوله: (وللحر أن يتزوج بالأمة، وللحرة أن تتزوج بالعبد، وكذا شريفة النسب بالأدون، كالهاشمية والعلوية بغيرهما والعربية بالعجمي

---

(١) المائدة: ٥.

والعربية بالعجمي، وبالعكس، وكذا أرباب الصنائع الدنيئة بالأشراف.

وبالعكس، وكذا أرباب الصنائع الدنيئة بالأشراف).

قد قدمنا أن الكفاءة منحصرة في الايمان إذا كانت الزوجة مؤمنة، وإن كانت مسلمة اكتفي بالاسلام، ولا يعتبر أمر آخر سوى ذلك.

فللحر أن يتزوج بالأمة اختياراً عند المصنف[١] وقوم[٢]، واضطراراً عند آخرين[٣]، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

وللحرة أن تتزوج بالعبد، وكذا من كانت شريفة النسب كالهاشمية والعلوية، وكالمنتمية إلى العلماء وإلى الصلاح والتقوى بمن ليس كذلك، وكذا العربية بالعجمي كعكسه، وكذا من كانت من أرباب الصنائع الشريفة بمن ليس كذلك، لما قدمناه.

واعتبر الشافعي في الكفاءة ستة أمور: الحرية، والدين، والنسب، واليسار، والحرفة، والخلوّ من العيوب الأربعة[٤].

وقد روي عنه عليه السلام أنه قال: «إنّ الله تعالى اختار العرب من سائر الأُمم، واختار من العرب قريشاً، واختار من قريش بني هاشم وبني المطلب»[٥].

ولا دلالة في هذا على اعتبار الكفاءة في النسب.

وروى الأصحاب عن الصادق عليه السلام أن رسول الله صلّى الله عليه وآله زوج ضبيعة بنت الزبير بن عبد المطلب من مقداد بن الأسود، فتكلمت في ذلك بنو هاشم، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله: «إنما أردت أن تتضع المناكح»[٦].

---

(١) هنا، وفي المختلف: ٥٦٥.

(٢) منهم الشيخ في النهاية: ٤٧٦،وابن حمزة في الوسيلة: ٣٥٧، وغيرهما.

(٣) منهم ابن الجنيد، وابن ابي عقيل كما عنهما في المختلف ٥٦٥،وغيرهما.

(٤) أنظر: المجموع ١٦:١٨٢، الوجيز ٢:٨، المغني لابن قدامة ٧:٣٧٤.

(٥) أُنظر: سنن البيهقي ٧:١٣٤، كنز العمال ١١:٤٥٠ حديث ٣٢١١٩ و٣٢١٢٠، باختلاف.

(٦) التهذيب ٧:٣٩٥ حديث ١٥٨١.

وهل التمكن من النفقة شرط؟ قيل: نعم، والأقرب العدم.
ولو تجدد عجزه عنها فالأقرب عدم التسلط على الفسخ.

قوله: (وهل التمكن من النفقة شرط؟ قيل: نعم، والأقرب العدم).

القول المحكي للشيخ في المبسوط[١]، والأكثر على خلافه[٢]، وقوله تعالى: ﴿**إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله**﴾[٣] صريح في الجواز، وقد تقدم تحقيق ذلك وأن الأصح عدم الاشتراط، فان قلنا به فالمراد كونه مالكا لها بالفعل أو بالقوة القريبة منه: بأن يكون قادراً على تحصيلها عادة بتجارة وغيرها.

قوله: (ولو تجدد عجزه عنها فالأقرب عدم التسلط على الفسخ).

وجه القرب: أن النكاح عقد لازم وقد انعقد على اللزوم، وثبوت العجز بتجدد الاعسار عن النفقة خلاف الأصل، فيتوقف على الدليل، وقوله تعالى: ﴿**وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة**﴾[٤] وهذا هوالمشهور بين الأصحاب، وبه قال ابن حمزة[٥] وابن ادريس[٦].

وقال ابن الجنيد لها الخيار[٧]، ونقل المحقق نجم الدين عن بعض علمائنا أن الحاكم يبينها[٨]، ووجهه قوله تعالى: ﴿**فامساك بمعروف أو تسريح**

---

(١) المبسوط ٤:١٧٨.

(٢) منهم ابن الجنيد كما عنه في ايضاح الفوائد ٣:٢٣، والشيخ في النهاية: ٤٦٣، وابن البراج في المهذب ٢:١٧٩، وفخر المحققين في الايضاح ٣:٢٣.

(٣) النور: ٣٢.

(٤) البقرة: ٢٨٠.

(٥) الوسيلة: ٣٣٤.

(٦) السرائر: ٣٠٤.

(٧) المختلف: ٥٨٢.

(٨) قال في الشرائع ٢:٣٠٠: ولو تجدد عجز الزوج عن النفقة، هل تسلط على الفسخ؟ فيه روايتان، اشهرهما أنه ليس لها ذلك.انتهى، وهوكما ترى لا يوافق ما نقله عنه المحقق هنا، وليس في بقية كتبه هذا القول، إلا أن يقال إن المصنف استفاد من قوله: فيه روايتان أن الرواية الثانية هي ان الحاكم يبينها لا

ولو خطب المؤمن القادر وجبت اجابته وإن كان اخفض نسباً، ولو

باحسان﴾[١] والامساك مع تعذر الانفاق خلاف المعروف.

وروى ربعي والفضيل[٢] بن يسار جميعاً عن الصادق عليه السلام قال: «إن أنفق عليها ما يقيم حياتها مع كسوة وإلاّ فرّق بينهما»[٣].

وكل ذلك ضعيف، فانّ كون الامساك مع الاعسار امساكاً بغير المعروف لا دليل عليه، ولو سلّم فلا دلالة له على التسلط على فسخ النكاح بخصوصه، وكذا الرواية، مع المعارضة بما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام، أنّ امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً، فأبى أمير المؤمنين عليه السلام أن يحبسه، وقال: ﴿إنّ مع العسر يسراً﴾[٤].

فان قيل: لا دلالة في هذه، لأن الحبس لا يجب قطعاً، وإنما المتنازع فيه هو الفسخ، وهو لا يدل على نفيه.

قلنا: لو كان لها الفسخ لعرّفها عليه السلام ذلك، ليدفع عنها الضرر الذي استعدت لأجله، والقول بالفسخ ضعيف.

واعلم أن الشارح الفاضل قال: إنه على القول بأن اليسار بالنفقة شرط في العقد تتسلط المرأة على الفسخ بتجدد الاعسار[٥]، وهذا غير واضح، بل هو محتمل، لأن الذي يمنع لزوم العقد ابتداءً لا يجب ثبوت الخيار بتجدده.

قوله: (ولو خطب المؤمن القادر وجبت إجابته وإن كان أخفض نسباً،

← انها تتسلط على فسخ العقد، والله العالم.

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) في «ض» و«ش»: والفضل، والصحيح ما اثبتناه وهو الموجود في مصادر الحديث.

(٣) الفقيه ٣:٢٧٩ حديث ١٣٣١، التهذيب ٧:٤٦٢ حديث ١٨٥٣، ورواه الكليني في الكافي ٥:٥١٢ حديث ٧ بسند آخر.

(٤) سورة الانشراح: ٦، التهذيب ٧:٤٥٤ حديث ١٨١٧.

(٥) ايضاح الفوائد ٣:٢٤.

امتنع الولي كان عاصياً، إلّا للعدول إلى الأعلى.

ولو امتنع الولي كان عاصياً، إلّا للعدول إلى الأعلى).

إذا خطب المؤمن القـادر على النفقة ـ والمرأة بالغ تريد التزويج ـ وجبت الاجابة على الولي قطعاً وحرم المنع، وهذا إنما يتأتّى على القول بأن للأب والجد ولاية على البكر البالغ الرشيدة.

وكذا إذا دعت حاجة المرأة إلى ذلك، لوجوب القيام بمقتضى حاجة المولّى عليه إذا أمكن.

ومتى امتنع الولي في الموضعين المذكورين كان عاصياً،ولا أثر لكون الخاطب أخفض نسباً، لما روي عنه عليه السلام: «إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوّجوه»[١].

ولو أراد الولي العدول إلى الأعلى من الخاطب لم يكن عاصياً بالتأخير، لظهور المصلحة في ذلك، نعم لو كان للمرأة ضرورة لم يجز التأخير.

وعلى القول بأن البكر البالغ الرشيدة لا ولاية لأحد عليها، فالنكاح منوط باختيارها، وأثر منع الولي على هذا القول سقوط اعتباره إجماعاً.

ولو كانت البنت صغيرة فخطبها الكفء القادر وكان في النكاح غبطة، ففي وجوب الاجابة على الولي وجهان:

أحدهما: الوجوب، كما يجب بيع مال الطفل إذا طلب بزيادة، ولأن الكفء قد يتعذر حصوله بعد ذلك، فيترتب على التأخير فساد، ولقول النبي صلّى الله عليه وآله لعلي عليه السلام: «لا تؤخر أربعاً» وعدّ منها تزويج البكر إذا وجد كفئاً.

والثاني: العدم، لانتفاء الحاجة، وفي الأول قوة.

---

(١) الكافي ٥:٣٤٧ حديث ٢ و٣، التهذيب ٧:٣٩٤ و٣٩٦ حديث ١٥٧٨ و١٥٨٤ و١٥٨٥ و١٥٨٦، سنن ابن ماجة ١:٦٣٢ حديث ١٩٦٧.

ويكره تزويج الفاسق خصوصاً شارب الخمر.

ولو انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها فالأقرب انتفاء الفسخ،

قوله: (ويكره تزويج الفاسق، خصوصاً شارب الخمر).

لا ريب في أنه يستحب أن لا تُزوج المؤمنة إلاّ بعدل، وأنه يكره تزويجها بالفاسق، خصوصاً شارب الخمر.

قال الصادق عليه السلام: «من زوّج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها»[١].

وفي الحسن عن الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: شارب الخمر لا يزوج إذا خطب»[٢].

وقال رسول الله صلّى الله عليه وآله: «من شرب الخمر بعد ما حرمها الله على لساني فليس بأهل أن يزوج»[٣].

وهو محمول إما على المستحلّ، أو على شدة الكراهة.

وقال الشافعي[٤]: الفاسق ليس بكفء للعدل ولا للعفيف، لقوله تعالى: ﴿أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوون﴾[٥].

وجوابه: أن المراد بالفاسق هنا: الكافر، لمقابلته بالمؤمن، ومطلق الفسق عندنا لا يخرج المؤمن عن إيمانه.

قوله: (ولو انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها، فالأقرب انتفاء الفسخ).

---

(١) الكافي ٥:٣٤٧ حديث ١، التهذيب ٧:٣٩٨ حديث ١٥٩٠.

(٢) الكافي ٥:٣٤٨ حديث ٢، التهذيب ٧:٣٩٨ حديث ١٥٩١.

(٣) الكافي ٥:٣٤٨ حديث ٣، التهذيب ٧:٣٩٨ حديث ١٥٨٩.

(٤) المجموع ١٦:١٨٢، السراج الوهاج: ٣٧٠، مغني المحتاج ٣:١٦٦.

(٥) السجدة: ٣٢.

وكذا لا يفسخ لو ظهر لمن تزوج بالعفيفة أنها كانت قد زنت،ولارجوع على الولي بالمهر.

اختلف الأصحاب في حكم المسألة. فقال الشيخ في النهاية: إذا انتمى الرجل إلى قبيلة وتزوج فبان على خلاف ذلك بطل التزويج[١]، واختاره ابن الجنيد[٢] وابن حمزة[٣]، وقال في المبسوط: الأقوى أنه لا خيار لها، ومن الناس من قال لها الخيار[٤]، واختار ابن ادريس أن لها الخيار إذا شرط ذلك في نفس العقد وخرج بخلافه[٥]، وقال المصنف في المختلف: إذا انتسب إلى قبيلة فبان من أدنى منها بحيث لا يلائم شرف المرأة كان لها الخيار في الفسخ[٦].

وقول ابن ادريس هو المختار، لعموم﴿أوفوا بالعقود﴾[٧] و«المؤمنون عند شروطهم»[٨].

ورواية الحلبي في الصحيح ـ قال: في رجل تزوج المرأة فيقول: أنا من بني فلان فلا يكون كذلك، قال: «تفسخ النكاح» أو قال «لا ترد»[٩] ـ لا دلالة فيها على أن ذلك بدون الاشتراط في العقد، فلا يعدل عن ظاهر الآية والحديث السابقين.

قوله: (وكذا لا فسخ لو ظهر لمن تزوج بالعفيفة أنها كانت قد زنت، ولا رجوع على الولي بالمهر).

---

(١) النهاية: ٤٨٩.

(٢) المختلف: ٥٥٥.

(٣) الوسيلة: ٣٦٧.

(٤) المبسوط ٤:١٨٩.

(٥) السرائر: ٣٠٨ ـ ٣٠٩.

(٦) المختلف: ٥٥٥.

(٧) المائدة: ١.

(٨) التهذيب ٧:٣٧١ حديث ١٥٠٣.

(٩) التهذيب ٧:٤٣٢ حديث ١٧٢٤، وفيه:...أو قال ترد النكاح، وفي «ض»: أو قال ترد.

. . . .

إذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت قد زنت، فللاصحاب اقوال:

أ: ثبوت الخيار للزوج سواء كانت قد حدّت أم لا، وهو قول الصدوق، وحكم بثبوت الخيار للمرأة بزنا الرجل وإن حدث بعد العقد[١].

ب: أن له الخيار في المحدودة خاصة، قاله المفيد[٢] وجماعة[٣].

ج: الرجوع على الولي بالمهر من غير فسخ[٤].

د: عدم الفسخ والرجوع، اختاره المصنف[٥] والمحقق[٦]. وعبارة المصنف هنا جارية على ذلك، فان المراد منها: أن من تزوج بمن ظاهر حالها كونها عفيفة ثم ظهر أنها كانت زنت.

ولا يخفى أنه على القول بثبوت الخيار والرجوع بالمهر بذلك لا يكفي الظهور عنده، بل لابد من الثبوت شرعاً، وإن كان قوله: (لو ظهر لمن تزوج) قد يوهم خلاف ذلك.

إذا عرفت ذلك فأصح الأقوال مختار المصنف، وتقريبه معلوم من المسألة السابقة.

نعم لو شرط في العقد كونها عفيفة ثم ظهر خلافه ثبت له الفسخ ورجع على المدلس بالمهر، لرواية[٧] عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة، فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت قد زنت، قال: «إن شاء زوجها أخذ

---

(١) المقنع: ١٠٩.

(٢) المقنعة: ٨٠.

(٣) منهم ابن الجنيد كما عنه في المختلف: ٥٥٣، وابو الصلاح في الكافي: ٢٩٥، والقاضي في المهذب ٢: ٢٣١.

(٤) ذهب اليه الشيخ في النهاية: ٤٦٤، وابن ادريس في السرائر: ٣٠٩.

(٥) المختلف: ٥٥٣.

(٦) الشرائع ٢: ٣٢٠.

(٧) في «ش» و«ض» والنسخة الحجرية: ورواية، وما اثبتناه هو الصحيح الموافق للسياق.

ولو زوجها الولي بالمجنون أو الخصي صح، ولها الخيار عند البلوغ، وكذا لو زوج الطفل بذات عيب يوجب الفسخ.

الصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها، وإن شاء تركها»[1]، وفي معناها رواية الحلبي عنه عليه السلام[2].

ولما لم تكن في الرواية دلالة على عدم اشتراط عفتها في العقد حملناها على اشتراطها، لأن سبق الزنا لم يثبت كونه من العيوب بل صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام: «إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون و العفل»[3] ولفظة إنما تدل على الحصر.

قوله: (ولو زوجها الولي بالمجنون أو الخصي صح ولها الخيار عند البلوغ، وكذا لو زوج الطفل بذات عيب يوجب الفسخ).

لمّا لم يكن من شرط الكفاءة الخلوّ من العيب لا في الزوج ولا في الزوجة، لم يكن إنكاح الولي الصغير ـ من ذات عيب كالمجنونة والرتقاء والصغيرة، ومن ذي عيب كالمجنون والخصي ـ باطلاً، لاسيما إذا لم يعلم بالعيب، كما لو اشترى له شيئاً فظهر معيباً، فان المبيع لا يقع باطلا ويثبت للطفل الخيار بعد بلوغه، لأن ذلك مقتضى العيب.

وهل للولي الفسخ؟ فيه احتمالان:

أحدهما: نعم، لأنه قائم مقام الطفل في التصرفات، كما يفسخ البيع إذا ظهر المبيع معيباً.

والثاني: العدم، لأن الفسخ في النكاح منوط بالشهوة، والشهوات مختلفة، فلا يتسلط الولي على ذلك.

---

(١) التهذيب ٧:٤٢٥ حديث ١٦٩٨.

(٢) الكافي ٥:٤٠٨ حديث ١٥.

(٣) الفقيه ٣:٢٧٣ حديث ١٢٢٩، التهذيب ٧:٤٢٦ حديث ١٧٠١، الاستبصار ٣:٢٤٦ حديث ٨٨٠.

ولو زوجها بمملوك لم يكن لها الخيار إذا بلغت، وكذا الطفل لو زوجه بالأمة إن لم يشترط خوف العنت.

المطلب الخامس: في الأحكام، اذا زوج الأب أو الجد له أحد الصغيرين لزم العقد ولا خيار له بعد بلوغه، وكذا المجنون أو المجنونة لا خيار له بعد رشده لو زوجه أحدهما.

واعلم: أن الحكم فيما إذا زوج الولي ولم يعلم بالعيب واضح، أما إذا علم به ثم زوج فان فيه إشكالاً، لأنه إن راعى الغبطة والمصلحة كان في ثبوت الفسخ للطفل بعد البلوغ إشكال، ينشأ: من أن تصرف الولي بالغبطة ماضٍ عليه، ومن أن النكاح يتعلق بالشهوة فلا يكون رضاه بالعيب ماضياً على العيب، وإن لم يراع الغبطة فالذي يقتضيه النظر عدم صحة العقد بل يكون فضولياً، وعبارة الكتاب مطلقة.

قوله: (ولو زوجها بمملوك لم يكن لها الخيار إذا بلغت، وكذا الطفل لو زوجه بالأمة إن لم يشترط خوف العنت).

لا ريب أن الحرية عندنا ليست شرطاً في الكفاءة ولا هي من العيوب الموجبة للفسخ، فاذا زوج الحرة الصغيرة بمملوك مع وجود الغبطة صح النكاح ولم يكن لها الخيار بعد البلوغ، وكذا لو زوج المجنونة البالغة بمملوك.

ولو زوج الصغير بمملوكة مع الغبطة بني على أن نكاح الحر الأمة مشروط بعدم الطول للحرة وخوف العنت وعدمه، فعلى القول بالاشتراط تمتنع صحته، لفقد الامر الثاني في الطفل، وعلى العدم يصح النكاح ولا خيار له بعد البلوغ، وسيأتي تحقيق ذلك كله إن شاء الله تعالى، وأن الأصح الاشتراط.

قوله: (المطلب الخامس: في الاحكام

إذا زوج الأب أو الجد له أحد الصغيرين لزم العقد ولا خيار له بعد بلوغه، وكذا المجنون أو المجنونة لا خيار له بعد رشده لو زوجه أحدهما).

وذلك لانه عقد صدر من أهله في محله، لأنه المفروض، فان جميع تصرفات الأب

وكذا كل من له ولاية على النكاح، إلاّ الأمة فإن لها الخيار بعد العتق وإن زوجها الأب على اشكال.

والجد له ماضية على الطفل والمجنون، ذكراً كان أو أُنثى، مع وقوعها على وجه الغبطة والمصلحة، ولا يتغير هذا الحكم لو بلغ الصبي وكمل أو أفاق المجنون، لانتفاء المقتضي.

قوله: (وكذا كل من له ولاية على النكاح، إلاّ الأمة فانّ لها الخيار بعد العتق وإن زوجها الأب على إشكال).

أي: وكذا كل من له ولاية على النكاح إذا زوّج المولّى عليه حيث يجوز له تزويجه، فانّ الحجر إذا زال عنه لم يكن له فسخ العقد، إلاّ الأمة، فانها إذا زوّجت ثم أُعتقت كان لها فسخ النكاح على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى، سواء زوّجها المولى، أم الأب أم الجد له الحرين بأذن المولى، والحال أنها صغيرة، على إشكال في الأخيرة، ينشأ:

من أنها صغيرة زوّجها الأب أو الجد له، ولا فسخ للصغير إذا أنكحه أحدهما إجماعاً.

ومن عموم الدال على ثبوت الخيار للأمة في النكاح إذا أُعتقت[1] وهو يتناول صورة النزاع.

ويمكن بناء الاشكال على أن ولاية الأب مع الرق هل هي باقية وحق المولى مانع من مقتضاها، أم هي زائلة؟ وهذا التزويج بالنيابة عن المولى، فعلى الأول لا خيار، لأن التزويج بمحض ولاية الأُبوة وإذن المولى فائدته زوال المانع، وعلى الثاني يثبت، لأنه مستند إلى المولى.

والأصح ثبوت الخيار في تزويج الأب، تمسكاً بالعموم الدال على ثبوته.

---

(١) التهذيب ٧: ٣٤١ حديث ١٣٩٤.

ولكـل من الأب والجـد له تولي طرفي العقـد، وكذا غيرهما على الأقوى، إلّاالـوكيل فإنـهلا يزوجها من نفسه إلّا اذا أذنت له فيصح على رأي.

ولوكيل الجد عن حافديه تولي طرفيه، وكذا وكيل الرشيدين.

قوله: (ولكل من الأب والجد له تولي طرفي العقد، وكذا غيرهما على الأقوى، إلّا الوكيل، فانّه لا يزوجها من نفسه إلّا إذا أذنت له فيصح على رأي، ولوكيل الجد عن حافديه تولّي طرفيه، وكذا لوكيل الرشيدين).

يتصور في الجد أن يتولّى طرفي العقد بالولاية بالنسبة إلى بنت أحد ابنيه وابن الابن الآخر.

وأما الأب فلا يتصور فيه ذلك، فمتى كان ولياً لأحد الزوجين فلابد أن يكون وكيلاً عن الآخر أو عن وليه، فالعبارة تحتاج إلى تنقيح، إذا عرفت ذلك فاعلم: أن ولي الطرفين له أن يتولّى النكاح لهما جزماً، فانّ إثبات الولاية شرعاً له عليهما يقتضي ذلك.

وأما الوكيل، فهل يعقد عنهما لو كان وكيلاً لهما؟ فيه قولان، أقربهما[1] الجواز لأن عموم النص [2] يتناول ذلك، ولا مانع إلّا كون العاقد للطرفين واحد، ومانعيته منتفية بالأصل، والتغاير الاعتباري كاف، كما في الجد والوصي، والحاكم كالوكيل، وهذا إذا لم يزوجها الوكيل من نفسه.

فان أراد تزويجها من نفسه لم يكن له ذلك بمجرد توكيلها إياه في إنكاحها، ما لم ينص له على ذلك أو يستفيد ذلك بقرينة قوية صالحة للدلالة، لأن المفهوم من إطلاق الاذن في التزويج تزويجها من غيره، فان المتعارف والمتفاهم غالباً أن الوكيل

---

(١) في «ش»: أقواهما.

(٢) الكافي ٥: ٣٧٠ حديث ٢.

ولو زوج الولي بدون مهر المثل فالأقرب أن لها الاعتراض.

غير الزوجين.

وأما مع الاذن فانّه يصح على أصح الوجهين[1]، وهو مختار ابن الجنيد[2]، ونقل عن بعض علمائنا المنع، لما رواه عمار الساباطي قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، هل يحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها، تقول له: قد وكلتك فاشهد على تزويجي؟ قال: «لا» قلت: جعلت فداك وإن كانت أيماً؟ قال: «وإن كانت أيماً» قلت: فان وكلت غيره فتزوجها منه؟ قال: «نعم»[3].

وضعف سندها بعمار قادح في جعلها متمسكاً، على أنه لا دلالة فيها، فان مجرد الاشهاد غير كاف، ولعل هذا هو المراد بقوله عليه السلام: «لا».

ومن هذا البيان علم أن لوكيل الجد ذي الحافدين ـ أعني: ابن ابنه الاخر ـ أن يتولى طرفي العقد إذا وكله في توليتهما، كما يتولاهما الجد، وكذا القول في وكيل الرشيدين ووكيل الوليين.

قوله: (ولو زوج الولي بدون مهر المثل،فالأقرب أن لها الاعتراض).

أي: لو زوج الولي البنت بدون مهر مثلها حيث تكون المصلحة في ذلك ـ كما لو لم يوجد من يليق بحالها ويصلح لها سوى من لا يرضى بمهر مثلها ونحو ذلك ـ فهل لها الاعتراض بعد الكمال؟ فيه قولان:

أقربهما عند المصنف أن لها ذلك، لأن النكاح عقد معاوضة، ومقابلة البضع بدون عوض مثله تخيير، ووجوب الرضا به ضرر.

---

(١) في «ش»: القولين.

(٢) المختلف: ٥٤١.

(٣) التهذيب ٧:٣٧٨ حديث ١٥٢٩، الاستبصار ٣:٢٣٣ حديث ٨٤١، وفيها: .... فان وكلت غيره بتزويجها منه.

وقال الشيخ في الخلاف[1] و المبسوط[2] بلزومه، لأنه أولى من العفو، وهو جائز للذي بيده عقدة النكاح، ولأن البضع ليس مالاً حقيقة، وليس الغرض الأصلي من النكاح هو المهر، بل التحصين والنسل.وحكى الشيخ في المبسوط [3] بطلان المسمّى، لأن الأموال يراعى فيها قيمة المثل، فكذا في البضع.

وضعفه ظاهر، فان الغرض وجود المصلحة المجوزة، والفرق قائم كما بيناه.

فعلى الأول لها الاعتراض في المسمّى، فاذا فسخته ثبت لها مهر المثل بالدخول، وهل لها الاعتراض في العقد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأن المهر ليس ركناً في النكاح، فلا مدخل له في صحته وفساده.

والثاني: لها ذلك، لأن العقد الذي جرى عليه التراضي هو المشتمل على المسمّى، فمتى لم يكن ماضياً كان لها فسخه من أصله.

ويمكن أن يجعل الخيار في العقد ـ إذا فسخت المسمّى ـ مختصاً بالزوج، لأنه إنما رضي بالعقد على الوجه المخصوص، وقد فات، فيثبت له الخيار، وأيضاً فان إلزامه بمهر المثل على وجه قهري فيه ضرر.

ويحتمل ضعيفاً بطلان العقد من رأس إذا فسخت المسمّى، لفوات ما وقع عليه التراضي بالفسخ، وغيره غير واقع.

وفي عبارة شيخنا في شرح الارشاد إيماء إليه، فانه قال: إذا زوج الولي الاجباري كالأب والجد المولّى عليها بدون مهر مثلها فالوجه صحة العقد، إلى آخره.

وضعفه ظاهر، فان المهر ليس ركناً في العقد.

ولو زوجها بدون مهر المثل مع عدم المصلحة المقتضية لنقص المهر، ففي صحة

---

(١) الخلاف ٣:١١ مسألة ٣٧ من كتاب الطلاق.

(٢) المبسوط ٤:٢٩٧.

(٣) المصدر السابق.

. . . .

النكاح وبطلان المسمّى أو بطلانها وجهان، لأن دليلهما معلوم مما سبق، ومختاره في الارشاد صحة النكاح ووجوب مهر المثل، ويلوح منها أنه يجب بالعقد، لأنه قال: لو زوجها الولي بدون مهر المثل أو مفوضة البضع فالأقرب الصحة مع المصلحة وإلاّ مهر المثل، وفيه نظر بين.

إذا عرفت ذلـك فاعلم: أن فرض المسألة في العبارة لابد أن يكون مقيداً بالمصلحة، إذ بدونها يجب أن يكون لها الاعتراض جزماً، لأنه عقد جرى على خلاف المصلحة فلا يكون ماضيا.

ويحتمل عدم اعتبار التقييد بها، لأن ظاهر كلام الشيخ وتعليله جواز العقد من الولي بدون مهر المثل اختيارا لا لسبب باعث عليه، حيث علل بأن له العفو عن الصداق فله أن يعقد على بعضه[1]، فعلى هذا يختص الحكم بالولي الاجباري، إذ هو الذي يعفو.

وعلى الأول لا يختص، فيعم الحكم الحاكم، لأن المناط في تصرف الجميع المصلحة.

وعبارة المصنف في التحرير تشعر بذلك، فانه قال: ولا للولي أن يزوجها بدون مهر المثل، فان فعلا كان لها فسخ المسمّى[2].

وهل لها فسخ النكاح؟ فيه نظر، والمعتمد في الفتوى أنه إذا زوجها كذلك مع المصلحة فلا اعتراض لها أصلاً، وإلاّ كان لها فسخ المسمّى والنكاح معاً، لأنه عقد على خلاف المصلحة.

وهل لها فسخ الصداق وحده حيث يكون انشاء النكاح من الولي جائزاً؟ يحتمل ذلك، فان فسخته كان للزوج فسخ النكاح.

---

(١) النهاية: ٤٦٨.

(٢) التحرير ٢: ٦.

ويصح للمرأة أن تعقد على نفسها وغيرها ايجاباً وقبولاً.

ولو زوج الفضولي وقف على الاجازة من المعقود عليهأن كان حراً رشيداً أو من وليه إن لم يكن، ولا يقع العقد باطلاً في أصله على رأي.

قوله: (ويصح للمرأة أن تعقد على نفسها وغيرها إيجاباً وقبولاً).

فان عبارتها في النكاح معتبرة عندنا كما سبق، وهذا تكرار محض.

قوله: (ولو زوج الفضولي وقف على الاجازة من المعقود عليه إن كان حراً رشيداً أو من وليّه إن لم يكن، ولا يقع العقد باطلاً من أصله على رأي).

اختلف الأصحاب في عقد النكاح الصادر من الفضولي، وهو: الذي ليس له ولاية ولا وكالة:

فالأكثر على أنه يقع موقوفاً على الاجازة من المتناكحين أو من يقوم مقامها، اختاره المفيد[1] والمرتضى[2] والشيخ في النهاية[3] وعامة الأصحاب، وهو مختار المصنف.

وذهب الشيخ في المبسوط[4] والخلاف[5] إلى بطلانه من رأس.

وذهب ابن حمزة إلى أن النكاح لا يقف على الاجازة إلّا في تسعة مواضع، وهي: عقد البكر الرشيدة مع حضور الولي على نفسها، وعقد الأب على ابنه الصغير، وعقد الأم عليه، وعقد الجد مع عدم الأب، وعقد الأخ، والأم، والعم على صبية، وتزويج الرجل عبده بغير إذنه، وتزويج العبد إذن سيده، فان أجاز الولي والمعقود له أو عليه أو سيده صح، وإلّا انفسخ[6].

---

(١) المقنعة: ٧٨.

(٢) الانتصار: ١٢٢، الناصريات: ٢٤٧.

(٣) النهاية: ٤٦٥.

(٤) المبسوط ٤:١٦٣.

(٥) الخلاف ٣:٢٠٦ مسألة ١١ من كتاب النكاح.

(٦) الوسيلة: ٣٥٣.

. . . .

والأصح الأول، لما رواه ابن عباس: أن جارية بكراً أتت النبي صلّى الله عليه وآله فذكرت أن أباها زوّجها وهي كارهة، فخيرها النبي صلّى الله عليه وآله[1]، وفي خبر آخر: أن رجلا زوج ابنته وهي كارهة، فخيرها النبي صلّى الله عليه وآله، فقالت: اخترت ما صنع أبي، وإنما أردت أن أُعلم النساء أن ليس للآباء من أمر أبنائهم شيء[2].

وما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، أنه سأله عن رجل زوجته أُمه وهو غائب؟ قال: «النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك، فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأُمه»[3].

وفي الصحيح عن أبي عبيدة الحذاء قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين؟ فقال: «النكاح جائز، وأيهما أدرك كان له الخيار، وإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلاّ أن يكونا قد أدركا ورضيا»[4].

وحمل في المختلف الولي هنا على غير الأب والجد له، كالأخ والعم و الخال[5]، ولو حمل على الحاكم ووصي المال كان أوفق.

وعن زرارة عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج عبده بغير اذنه فدخل بها ثم اطّلع على ذلك مولاه؟ قال: «ذلك لمولاه إنشاء فرّق بينهما، وإن شاء

---

(١) سنن ابي داود ٢:٢٣٢ حديث ٢٠٩٦. سنن الكبرى ٧:١١٧.

(٢) سنن البيهقي ٧:١١٨.

(٣) الكافي ٥:٤٠١ حديث ٢، التهذيب ٧:٣٧٦ حديث ١٥٢٣.

(٤) الكافي ٧:١٣١ ـ ١٣٢ حديث ١، التهذيب ٧:٣٨٨ حديث ١٥٥٥.

(٥) المختلف: ٥٣٦.

. . . .

أجاز نكاحها»[١] وفي الحسن عن زرارة عن الباقر عليه السلام مثله[٢].

وعن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام: أنه أتاه رجل بعبده فقال: إنّ عبدي تزوج بغير إذني، فقال علي عليه السلام لسيده: «فرق بينهما» فقال السيد لعبده: يا عدوّ الله طلّق، فقال علي عليه السلام: «كيف قلت له؟» قال: قلت له طلّق، فقال علي عليه السلام للعبد: «الآن فان شئت فطلّق وإن شئت فامسك» فقال السيد: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي ثم جعلته بيد غيري، فقال: «ذلك لأنك حيث قلت له: طلّق، أقررت له بالنكاح»[٣].

والحجة في الحكم بالنكاح بعد قوله فرق بينهما. ويمكن أن يقال: لا حجة فيه لاستلزام الأمر بالطلاق حصول النكاح، وهو أعم من كونه فضولياً.

احتج القائل بالبطلان: بأن العقد سبب الاباحة، فلا يصح صدوره من غير معقود عليه أو وليّه.

وهو عين المتنازع.

وبأن رضى المعقود عنه أو وليّه شرط، والشرط مقدم.

والأُولى ممنوعة.

وبما روت عائشة أن النبي صلّى الله عليه وآله قال: «أيّما امرأة نكحت بغير اذن وليّها فنكاحها باطل»[٤] وهذه نكحت بغير اذن وليها، وبما روى جابر عن النبي صلّى الله عليه وآله أنه قال: «أيّما عبد تزوج بغير اذن مواليه فنكاحه باطل»[٥].

---

(١) الكافي ٥:٤٧٨ حديث ٢، الفقيه ٣:٢٨٣ حديث ١٣٤٩، التهذيب ٧:٣٥١ حديث ١٤٣١.

(٢) الكافي ٥:٤٧٨ حديث ٣، الفقيه ٣:٣٥٠ حديث ١٦٧٥، التهذيب ٧:٣٥١ حديث ١٤٣٢.

(٣) التهذيب ٧:٣٥٢ حديث ١٤٣٣.

(٤) سنن ابي داود ٢:٢٢٩ حديث ٢٠٨٣، سنن الترمذي ٣:٤٠٧ حديث ١١٠٢، مسند احمد ٦:٦٦.

(٥) سنن أبي داود ٢:٢٢٨ حديث ٢٠٧٨.

ويكفي في البكر السكوت عند عرضه عليها، ولا بد في الثيب من النطق. ولو زوج الأب أو الجد له الصغيرين فمات أحدهما ورثه الآخر.

ولو عقد الفضولي فمات أحدهما قبل البلوغ بطل العقد، ولا مهر ولا ميراث.

ولو بلغ أحدهما فأجاز لزم في طرفه، فإن مات الآخر فكالأول.

وإن مات المجيز عزل للآخر نصيبه، فإن فسخ بعد البلوغ فلا مهر ولا ميراث، فإن أجاز أُحلف على عدم سببية الرغبة في الميراث للاجازة وورث.

والروايتان ضعيفتان، فانهما ليستا من طرقنا.

وبأن العقود الشرعية تحتاج إلى أدلة شرعية، ولا دليل على أن هذه واقفة على الاجازة.

وضعفه ظاهر، فان الدلائل قد بيناها.

قوله: (ويكفي في البكر السكوت عند عرضه عليها، ولابد في الثيب من النطق).

كما يكفي في اذن البكر في ايقاع عقد النكاح سكوتها، كذا يكفي في اجازتها العقد الفضولي السكوت، لأن المقتضي للاكتفاء به هو الحياء، وهو قائم في الموضعين، أما الثيب فلابد من تصريحها بالاذن.

قوله: (ولو زوج الأب أو الجد له الصغيرين فمات أحدهما ورثه الآخر، ولو عقد الفضولي فمات أحدهما قبل البلوغ بطل العقد ولا مهر ولا ميراث، ولو بلغ أحدهما فاجاز لزم في طرفه، فان مات الآخر فكالأول، وإن مات المجيز عزل للآخر نصيبه، فان فسخ بعد البلوغ فلا مهر ولا ميراث، وإن أجاز أُحلف على عدم سببية الرغبة في الميراث للاجازة وورّث).

إذا زوّج الأب أو الجد له الصغيرين لزم العقد كما سبق، ولم يكن لأحدهما خيار بعد البلوغ، فلو مات أحدهما ورثه الآخر، لصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان؟ قال: «إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم» قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: «لا»[1] وقد تقدم حكاية خلاف الشيخ وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس[2].

ولو كان العاقد لها فضولياً فلا إرث، إلّا اذا مات المجيز بعد بلوغه ثم أجاز الآخر بعد بلوغه فانه يرث إذا حلف أنه لم يجز رغبة في الارث، فلو ماتا أو أحدهما قبل الاجازة فلا إرث قطعاً، لبطلان العقد بتعذر الاجازة.

ويدل على هذه الأحكام صحيحة أبي عبيدة الحذاء عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن غلام وجارية زوّجهما وليّان لهما وهما غير مدركين؟ فقال: «النكاح جائز وأيّهما أدرك كان له الخيار، فان ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلّا أن يكونا قد أدركا ورضيا» قلت: فان أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: «يجوز ذلك عليه إن هو رضي» قلت فان كان الرجل الذي قد أدرك قبل الجارية ورضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أترثه؟ قال: «نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضىً بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر» قلت: فان ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثها الرجل المدرك؟ قال: «لا، لأن لها الخيار إذا أدركت» قلت: فان كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك؟ قال: «يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الغلام والمهر على الأب للجارية»[3].

وهذه الرواية وإن تضمنت صدور العقد من وليّين، إلّا أنها لا دلالة لها على

---

(١) التهذيب ٣٨٢:٧ حديث ١٥٤٣، الاستبصار ٢٣٦:٣ حديث ٨٥٤.

(٢) أنظر النهاية: ٤٦٦، المهذب ١٩٧:٢، الوسيلة: ٣٠٠، السرائر: ٢٩٧.

(٣) الكافي ١٣١:٧ ـ ١٣٢ حديث ١، التهذيب ٣٨٨:٧ حديث ١٥٥٥.

فإن مات بعد الاجازة وقبل اليمين فإشكال،

كونهما وليّين في النكاح، وقد تضمنت ذكر الأب وأنّ تزويجه ماض على الصغيرين، وفي ذلك دلالة على أن المراد بالولي غيره وغير الجد، لدلالة عدة روايات أُخرى على أنه كالأب[1].

ولا ريب أن من لا ولاية له في النكاح فضولي فيه، فلا يفرق بينه وبين من لا ولاية له أصلاً، لأنه لا فارق من العلماء، وهذه الرواية من أقوى الدلائل على عدم بطلان عقد الفضولي في النكاح من رأس.

والظاهر أن المجنونين كالصغيرين في ذلك.

وقد يقال عليها[2]: إنها تضمنت ثبوت نصف المهر للجارية، والموت يقتضي تقرر الجميع.

وجوابه: الحمل على أنه قد سبق دفع نصف المهر كما هو المعتاد من تقديم شيء قبل الدخول وأن الباقي هو النصف خاصة.

واعلم أن قول المصنف: (ولو بلغ أحدهما فأجاز لزم في طرفه) ينبغي أن يكون مبنياً على أن القبول كاشف، إذ لو كان جزء السبب لكان إما رضي بالايجاب أو بالقبول، والايجاب لو صدر لم يكن لازماً بحيث يمتنع الرجوع عنه، فكيف الرضى به.

واعلم أيضاً أن الجار في قوله: (في الميراث) متعلق بـ(الرغبة) والجار في قوله: (للاجازة) متعلق بـ(سببية).

قوله: (فان مات بعد الاجازة وقبل اليمين فاشكال).

أي: فان مات البالغ المجيز آخراً بعد موت الأول بعد الاجازة وقبل اليمين،

---

(١) اي: على أن الجد كالاب، بل في كثير منها انه اولى منه. أُنظر: الكافي ٥:٣٩٥ باب الرجل يريد أن يزوج ابنته ويريد أبوه ان يزوجها رجلاً اخر، التهذيب ٧:٣٩٠ حديث ١٥٦١ ـ الى ـ ١٥٦٤، الوسائل ١٤:٢١٧ باب ١١.

(٢) أي: الرواية.

ولو جن عزل نصيبه، ولو نكل ففي المهر وارثه منه اشكال.

ففي ثبوت الارث وعدمه إشكال، ينشأ: من أن استحقاق الارث دائر مع العقد الكامل، وقد كمل بالاجازة من الطرفين، فوجب أن يثبت الارث. ومن أن النص اعتبر في ثبوت الارث الاجازة واليمين، وقد تعذرت، فلا يثبت، وهذا أصح، لأن الارث على خلاف الأصل، فيقتصر في ثبوته على موضع النص.

ولا نمنع أن العقد يكمل هنا بالاجازة، ولم لا يكون كماله بالاجازة الدالة على الرغبة في النكاح حيث أن التهمة قائمة؟! لأن الاجازة هنا محض فائدة لا تعب فيها، فكل أحد يميل إلى الفائدة ويتوصل إليها بالاجازة ـ وإن كان بحيث لولا الارث لم يرغب في النكاح ـ فما دام لم يحلف على ذلك لا يتحقق حصول الاجازة المعتبرة الصادرة عن الرغبة في النكاح.

قوله: (ولو جنّ عزل نصيبه، ولو نكل ففي المهر وإرثه منه إشكال).

إذا جن المجيز الثاني بعد موت المجيز الأول قبل اليمين لم يحكم ببطلان الارث، بل يعزل نصيبه وينتظر زمان إفاقته، لعدم اليأس منها، فان أفاق وحلف ورث، وإن استمر إلى الموت ففيه الاشكال المتقدم.

ولو نكل عن اليمين فلا إرث له من غير المهر قطعاً، لتوقف الارث على اليمين، لكن هل يلزمه المهر لو كان هو الزوج أم لا؟ فيه إشكال، وبتقدير لزومه هل ترث منه أم لا؟ فيه إشكال أيضاً.

فأما الاشكال الأول فمنشؤه: من أن النكاح إنما يحكم بصحته ولزومه إذا حصلت الاجازة مع اليمين، وقد انتفت اليمين بالنكول، فينتفي الحكم بصحة النكاح، وثبوت المهر دائر معها.

ومن أن إجازته للنكاح تتضمن الاقرار بثبوت المهر في ذمته تبعاً لصحة النكاح، وإقرار العقلاء على أنفسهم ماض، والعمل بالأصلين المتنافين في نظائر ذلك ثابت، كما لو اختلف الزوجان في ايقاع النكاح في الاحرام أو الاحلال، وكذا اختلاف

الرجل والمرأة في حصول النكاح، فان مدعي النكاح الصحيح تؤاخذه بما تضمنته دعواه من الاقرار، فنمنع الرجل من الخامسة وأُخت المرأة وأُمها وبنتها، ونمنعها لو كانت هي المدعية من التزوج بآخر ونحو ذلك.

ومنشأ الاشكال الثاني: من أن الارث دائر مع صحة النكاح كما أن لزوم المهر دائر معها، فمتى لزم المهر وجب أن ترث منه.

ومن أن ثبوت الارث متوقف على اليمين لما سبق، فينتفي بدونها.

ولقائل أن يقول: إن كان مراده بالاشكال في إرثه من المهر على تقدير لزومه له: أنه على أحد الوجهين يجب تسليم جميعه ، فليس بجيد، لأن حاصل إقراره اقتضى أن الذي في ذمته من المهر هو ما زاد على قدر نصيبه من الارث لو كان وارثاً بالزوجية، ولم يقع منه اقرار بزيادة على ذلك.

فان قيل: إقراره بالنكاح بكذا يقتضي ثبوت جميع المهر في ذمته، واستحقاقه البعض بالارث موقوف على ثبوت النكاح شرعاً، وليس بثابت.

قلنا: الأمران معاً من لوازم النكاح، فاقراره به يقتضي اقراره بما زاد على نصيبه دون ما عداه، إذ لا يقتضي النكاح سوى ذلك، وهذا بخلاف ما لو أقر شخص بأن في ذمته مائة مثلاً ثم زعم أنها مهر نكاح، فان إرثه منها في هذه الصورة يتوقف على ثبوت النكاح.

وإن كان مراده به: أن مقدار ما يسقط عنه من المهر ـ وهو: قدرنصيبه ـ هل هو لاستحقاقه إياه بالارث أم لا؟ فمع أنه ليس في ذلك كثير فائدة الاشكال ضعيف جداً، لأن المهر والارث كلاهما بحسب الواقع فرع النكاح الصحيح، أما ظاهراً فليس ذلك لأن المهر إنما وجب باقراره وإن أُسند اللزوم إلى سبب لم يعلم ثبوته، وهذا القدر لا يكفي لثبوت الارث ظاهراً.

والأصح أنه إنما يجب عليه من المهر ما زاد على قدر استحقاقه لو كان وارثاً،

وفي انسحاب الحكم في البالغين إذا زوجهما الفضولي اشكال، أقربه البطلان.

ولو زوّج أحدهما الولي أو كان بالغاً رشيداً، وزوج الآخر الفضولي، فمات الأول عزل للثاني نصيبه واحلف بعد بلوغه.

ولو مات الثاني قبل بلوغه أو قبل اجازته بطل العقد.

وذلك القدر ساقط عنه، لعدم اقراره به لا لارثه.

قوله: (وفي انسحاب الحكم في البالغين إذا زوجهما الفضولي، إشكال، أقربه البطلان).

ينشأ: من أن العقد في الصغيرين إنما كان فضولياً، ولا يتفاوت الحال بالصغر والكبر، فيكون الحكم في البالغين كذلك.

ومن أن هذا الحكم ثبت على خلاف الأصل، فيتقصر فيه على مورد النص، ويحكم ببطلان العقد إذا مات أحد المعقود عليهما بعد اجازته وقبل اجازة الآخر.

فان قيل: هذا إنما يستقيم على القول بأن الاجازة في الفضولي جزء السبب، أما على القول بأنها كاشفة فلا، لأن الاجازة تكشف عن سبق النكاح على الموت، فكيف لا يثبت الارث؟!

قلنا: قد عرفت أن الاجازة وحدها لا تكفي في ثبوت الارث، إذ لا يتحقق النكاح بمجردها، بل لابد من اليمين، وثبوت الارث باليمين مخالف للأصل، فلا يتعدّى مورده، وهذا هو وجه القرب لمقرّب المصنف، وهو المفتى به.

قوله: (ولو زوج أحدهما الولي أو كان بالغاً رشيداً وزوج الآخر الفضولي فمات الأول عزل للثاني نصيبه وأُحلف بعد بلوغه، ولو مات الثاني قبل بلوغه أو قبل اجازته بطل العقد).

المراد: أنه إذا كان التزويج من أحد الطرفين لازماً ـ إما لكون المعقود له

ولـو تولى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان زوجاً حرم عليه الخامسة والأُخت والبنت والأُم، إلّا اذا فسخت على اشكال في الأُم.

النكاح قد عقد له من له ولاية النكاح كالصغير إذا زوجه أبوه أو جده لأبيه والبالغ إذا كان فاسد العقل، أو لأنه قد باشر عقد النكاح بنفسه وهو ممن يصح منه كالبالغ الرشيد أو السفيه إذا أذن له الولي ـ ومن الطرف الآخر فضولياً مع كون المعقود عليه صغيراً.

فانه إذا مات الأول وجب أن يعزل نصيب الثاني من إرثه، فاذا بلغ وأجاز أُحلف على ما سبق وورث، والدليل على ذلك: أن النص [1] ورد على الصغيرين إذا كان العقد فضولياً بالاضافة إليهما، فاذا كان أحدهما صغيراً والعقد من طرفه فضولياً ومن الطرف الآخر لازماً ـ سواء كان صغيراً أم لا ـ وجب أن يثبت الحكم بطريق أولى.

أما لو مات الثاني قبل بلوغه أو بعده قبل الاجازة، فان العقد باطل، ولا إرث لانتفاء المقتضي وهو الاجازة.

قولـه: (ولو تولّى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة، فان كان زوجاً حرم عليه الخامسة والأُخت والأُم والبنت، إلّا إذا فسخت على إشكال في الأُم).

لو تولّى العقد عن الرجل أو المرأة فضوليّ وباشر الآخر منهما العقد بنفسه، فقد علم من ما مضى أن العقد لازم بالنسبة إلى المباشر ، وحينئذ فيثبت تحريم المصاهرة بالنسبة إليه، لأن ذلك دائر مع النكاح الصحيح، وقد علمت أن النكاح صحيح بالنسبة إليه حيث أنه لازم من طرفه.

فالمباشر إما زوج أو زوجة، فان كان زوجاً حرم عليه نكاح الخامسة لو كانت

---

(١) الكافي ١٣١:٧ ـ ١٣٢ حديث ١، التهذيب ٣٨٨:٧ حديث ١٥٥٥.

. . . .

المعقود عليها فضولاً رابعة وحرم عليه أُخت المعقود عليها وأُمها وبنتها، لأن ذلك أثر النكاح الصحيح، إلّا إذا فسخت المعقود عليها، فان التحريم ينتفي حينئذ لانتفاء مقتضيه.

وذلك واضح في الأُخت، فانها لا تحرم إلّا جمعاً لا عيناً وقد انفسخ النكاح، وكذا البنت، فانّها لا تحرم عيناً إلّا مع الدخول بأُمها.

أما الأُم، فان في بقاء تحريمها بعد الفسخ وزواله إشكال، ينشأ: من أن تحريم الأُم يثبت بالعقد الصحيح اللازم، وقد تبين أن العقد صحيح لازم من طرف المباشر، فيتعلق به تحريم الأم. ومن أنّ الفسخ رفع النكاح من أصله، فارتفعت أحكامه.

وأيضاً فان النكاح لا يعقل ثبوته بمجرد القبول المعتبر من دون الايجاب الشرعي، وايجاب الفضولي لا أثر له من دون الرضى، وإذا لم يثبت النكاح لم يثبت التحريم.

والتحقيق: أن المباشرة من أحد الطرفين لا تقتضي ثبوت النكاح من ذلك الطرف الآخر لأن النكاح أمر واحد نسبيّ لا يعقل ثبوته إلّا من الجانبين.

وإنما قلنا إنه يلزم في حق المباشر، بناء على أن الاجازة كاشفة عن ثبوت العقد ولزومه من حين وقوعه، كما أن عدمها كاشف عن عدم ذلك.

فلو فسخ المباشر ثم أجاز الآخر تبينا أن فسخه وقع بعد ثبوت العقد ولزومه فلم يؤثر شيئاً، والحكم بثبوت حرمة المصاهرة إنما كان لأن العقد الواقع نقل عن حكم الحل الذي كان قبله، وإن كانت سببيته وعدم سببيته الآن غير معلومة، فلم يبق حكم الأصل كما كان.

ومثله ما لو اشتبهت الزوجة المعقود عليها عقداً صحيحا لازماً بغيرها، فان تحريم المصاهرة ثابت بالنسبة إليهما معا، وكذا القول فيما لو اشتبه الطاهر بالنجس والحلال بالحرام.

وفي الطلاق نظر؛ لترتبه على عقد لازم فلا يبيح المصاهرة.

وبهذا البيان يظهر أنه مع الفسخ يتبين أنه لا عقد أصلاً، فلا تحريم أصلاً، وهذا هو الاصح.

قوله: (وفي الطلاق نظر، لترتبه على عقد لازم، فلا يبيح المصاهرة).

أي: وفي الطلاق بالنسبة إلى افادته إباحة نكاح الأُخت والبنت في الصورة المذكورة نظر، ينشأ:

من وجوب ترتب الطلاق المعتبر على عقد نكاح صحيح لازم، وهو منتف هنا، فلا يكون الطلاق الواقع في الصورة المذكورة معتبراً في نظر الشارع، فلا يفيد إباحة المصاهرة في المذكورات، فيبقى التحريم كما كان إلى أن يحصل الفسخ من الزوجة أو الاجازة، ثم الطلاق منه بعدها.

ومن أنه طلاق صدر من أهله في محله، وذلك لأن الموقع له كامل والزوجية قد ثبتت من طرفه، فان ذلك هو المفروض، فوجب أن يترتب عليه مقتضاه، وذلك اباحة نكاح الأُخت والبنت.

وفيه نظر، لأنا قد بينا أن لا نكاح من طرفه، فكيف يقع الطلاق منه.

ولأن الحال لا يخلو من أن تجيز المرأة أو تفسخ، فان فسخت تبين بطلان النكاح وعدم تحريم البنت والأُخت، وإن أجازت تبينا صحة النكاح ولزومه، فيكون الطلاق الواقع صحيحا، فيبيح نكاح البنت والأُخت، فعلى كل من التقديرين يحلان.

وفيه نظر، لأن إيقاع الطلاق من الجاهل بحصول شرائطه ينبغي أن لا يقع صحيحاً، فكيف مع الجهل بالزوجية، فلو وكل في النكاح ثم طلق قبل ان يعلم أن الوكيل قد عقد، فالذي يقتضيه النظر عدم الصحة.

ويمكن أن يكون معنى العبارة: وفي الطلاق بالنسبة إلى إفادته اباحة الأُم وعدمها نظر، ينشأ: من أن الطلاق لوجوب ترتبه على عقد لازم متى وقع صحيحاً لم يفد حل ما حرم بالمصاهرة، وفي الصورة المذكورة يقع صحيحاً، للزوم النكاح من طرف

وإن كان زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلّا اذا فسخ، والطلاق هنا معتبر.

ولو أذن المولى لعبده في التزويج صح، فإن عيّن المهر وإلّا انصرف إلى مهر المثل، فإن زاد على التقديرين فالزائد في ذمته يتبع به بعد

الزوج، فلا تحل له الأم. ومن أن العقد لم يتم إلى الآن، فاذا فسخت الزوجة انتفى النكاح ولم يكن للطلاق أثر، فتحل الام.

والحق أن المراد بالعبارة هو المعنى الأول دون الثاني، والتقدير: حرمت المذكورات إلّا إذا فسخت المرأة فتحل، وفي حلها له بالطلاق نظر، ينشأ مما قدمناه.

والأصح أن الطلاق لا يعتبر إذا فسخت المرأة، أما إذا أجازت ففي اعتباره نظر، من حيث أنه لم يكن مجزوماً به حال إيقاعه، والمختار حل الجميع بفسخها لا بالطلاق.

قوله: (وإن كان زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلّا إذا فسخ، والطلاق هنا معتبر).

أما الحكم الاول فمعلوم مما سبق، فان الاجازة لما كانت كاشفة ربما كان النكاح حينئذ واقعاً، وقد وقع العقد فلا يحل لها نكاح غيره.

وأما الحكم الثاني فلأنّ تحقق كمالية العقد إنما يكون باجازة الزوج، والاجازة أمر ممكن بالنسبة إليه، فاذا صدر منه طلاق تعيّن حمله على كونه طلاقاً شرعياً، ولا يكون شرعياً إلّا إذا كان العقد كاملاً، وكماليته إنما تكون من قبله، فوجب الحكم بها.

ومثله ما لو دخل، وكلّ ما جرى هذا المجرى، وتقييده بقوله هنا يشعر بأن النظر السابق في كون الطلاق معتبراً وعدمه، وهو المعنى الأول.

قوله: (ولو أذن المولى لعبده في التزويج صح، فان عيّن المهر وإلّا انصرف إلى مهر المثل، فان زاد على التقديرين فالزائد في ذمته يتبع به بعد

الحرية والباقي على مولاه، وقيل: في كسبه، وكذا النفقة.

الحرية والباقي على مولاه، وقيل: في كسبه، وكذا النفقة)

قد قررنا فيما سبق أن العبد لا يسوغ له التزويج بغير إذن مولاه، فاذا أذن له زال المنع.

وظاهر اطلاق العبارة أنه يكفي مجرد الاذن في النكاح من دون أن يقيده بامرأة بعينها أو واحدة من القبيلة أو البلدة، وبذلك صرح في التذكرة، قال: وإذا أطلق الاذن تناول اذنه الحرة والأمة، وفي تلك البلدة وغيرها، إلّا أنه ليس له الخروج إلى غير بلد مولاه إلّا باذنه[1]، ووجهه: أن اطلاق الاذن يتناول ذلك كله.

ويشكل الاكتفاء باطلاق الاذن في تسلطه على نكاح من يريدها، فان المهر يتفاوت بالقلة والكثرة تفاوتاً فاحشاً، وايجاب ما يختاره العبد على السيد بالاذن المطلق وان كثر محل تأمل.

وعلى الاكتفاء بالاطلاق فانما ينكح بمهر المثل قطعاً، كما لو أذن له في بيع سلعة أو شرائها، فانما يحمل على ثمن المثل، فان زاد عن المعين مع تعيين المهر أو عن مهر المثل مع الاطلاق ـ وهما: التقديران اللذان أرادهما المصنف بقوله: (على التقديرين) ـ فالنكاح صحيح، وكذا المسمّى، لكن الزائد يثبت في ذمته يتبع به بعد العتق.

ووجهه: أن أصل النكاح مأذون فيه، والاذن يستلزم وجوب مهر المثل على المولى، فيبقى الباقي على العبد، ولا كذلك لو أذن له في شراء سلعة فاشتراها بزيادة عن ثمن المثل، فان البيع هنا يقف على الاجازة.

ولقائل أن يقول: إن كان العبد أهلاً لأن يثبت شيء من المهر في ذمته فليثبت جميعه، مع أن هنا اشكالا آخر، وهو: أن الزوجة إنما رضيت بمهر مستحق يمكن المطالبة به، فلا يلزمها النكاح، وبعض المسمى إنما تستحقه إذا عين العبد، وقد كان

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٨٨.

. . . .

المناسب للقواعد أن نقول بوقوف النكاح أو الصداق على إجازة المولى، فانّ فسخ الصداق يثبت مهر المثل بالدخول. وتتخير المرأة أما لو عين له امرأة فتزوج بغيرها فإنه يقف على الاجازة.

والمراد بقوله: (والباقي على مولاه) هو ما عدا الزائد على المعيّن مع التعيين أو على مهر المثل مع الاطلاق، وهذا القول مختار المصنف وابن ادريس [1]، وهو الأصح، لأن الاذن في النكاح يستلزم الاذن في توابعه، كما لو اذن له في الاحرام بالحج، فانه يكون إذناً في توابعه، فان النكاح يمتنع إخلاؤه عن المهر، والعبد لا يملك شيئاً، فلا يجب عليه شيء، لامتناع أن يجب عليه ما لا يقدر عليه، لامتناع التكليف بما لا يطاق، فيكون وجوبه على المولى، ولا يتعين له شيء من أمواله كسائر ديونه، وكذا القول في النفقة.

وقال الشيخ في المبسوط [2]: إنه يجب في كسبه، على معنى أنه يجب الاكتساب للمهر والنفقة، قال: فان لم يكن مكتسباً قال قوم يتعلق برقبته لأن الوطء بمنزلة الجناية، ومنهم من قال يتعلق بذمته لأنه حق لزمه باختيار من له الحق فكان في ذمته كالقرض، والأول أليق بمذهبنا.

فمن قال يتعلق برقبته على ما اخترناه قال إن أمكن أن يباع منه كل يوم بقدر ما يجب عليه من النفقة فعل، وإن لم يمكن بيع كله ـ كما قيل في الجناية ـ ووقف ثمنه فينفق عليها منه، وقد انتقل ملك سيده عنه إلى سيد آخر.

ولا يخفى أنّ الانفـاق عليها من مال السيد بعد انتقال العبد إلى غيره مع اجازته النكاح باطل، تعم ذلك في النفقة الماضية، لأنها على السيد الأول.

---

(١) السرائر: ٣١٦.

(٢) المبسوط ٤: ١٦٧.

ولو زوجها الوكيلان أو الأخوان مع الوكالة صح عقد السابق، وإن دخلت بالثاني فرّق بينها ولزمه المهر مع الجهل، ولحق به الولد، واعتدت وردت بعدهاإلى الأول، ولو اتفقا بطلا ولا مهر ولا ميراث، وقيل: يحكم بعقد أكبر الأخوين.

ولو كانا فضوليين استحب لها اجازة عقد الأكبر، ولها أن تجيز عقد الاخر، ولو دخلت بأحدهما قبل الاجازة ثبت عقده.

وقال ابن حمزة: إن كان العبد مكتسباً فالنفقة في كسبه، وإلاّ فعلى السيد[1].

والأصح الأول، لما قدمناه.

قوله: (ولو زوجها الوكيلان أو الأخوان مع الوكالة صح عقد السابق، وإن دخلت بالثاني فرق بينهما ولزم المهر مع الجهل ولحق به الولد واعتدت وردت بعدها إلى الأول، ولو اتفقا بطلا ولا مهر ولا ميراث، وقيل: يحكم بعقد أكبر الأخوين، ولو كانا فضوليين استحب لها اجازة عقد الأكبر، ولها أن تختار عقد الآخر).

لو زوج المرأة وكيلان لها في النكاح أو أخواها مع الوكالة لهما أيضا ـ وإنما أفردهما بالذكر مع اندراجهما في مطلق الوكيلين لغرض حكاية الخلاف الواقع في تزويج الاخوين ـ فان سبق أحد العقدين صح لا محالة وبطل اللاحق، فان دخلت بالثاني وهو ذو العقد اللاحق فرق بينهما إذ ليست بزوجة له.

ثم إن كانت المرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم ثبت لها بوطء الشبهة مهر المثل ولحق الولد بالواطىء مع جهله بالحال أو بالتحريم، ولو علمت هي كانت زانية فلا مهر لها، ولو علم هو فهو زان فلا ولد له، ومتى تحقق جهلها أو جهله اعتدت، لأن الوطء شبهة على التقديرين، فتعتد عدة الطلاق ثم ترد بعدها إلى الاول.

---

(١) الوسيلة: ٣٦٢.

ولو زوجته الأُم فرضي صح، وإن رد بطل، وقيل: يلزمها المهر، ويحمل على ادعاء الوكالة.

ولو اتفق العقدان بالقبول بطلا، لامتناع الحكم بصحتهما لتنافيهما، ولصحة أحدهما دون الآخر ترجيح من غير مرجح، فتعين بطلانهما.

وقال الشيخ في النهاية: يحكم بعقد أكبر الاخوين إذا كان العاقد الأخوين[1]، وتبعه ابن البراج[2] وابن حمزة[3] تعويلاً على رواية وليد بيّاع الأسفاط، قال: سئل الصادق عليه السلام وأنا عنده عن جارية كان لها أخوان زوّجها الأكبر بالكوفة وزوّجها الأصغر بأرض أُخرى؟ قال: «الأول أحق بها إلاّ أن يكون الآخر قد دخل بها، فان دخل بها فهي امرأته ونكاحها جائز»[4].

وحملها الشيخ على وقوع العقدين معاً مع كون الأخوين وكيلين.

وتنزيلها على أنهما فضوليان، وأن المراد بكون الأول أحق بها أحقيّة أفضلية واستحباب ـ بمعنى: أنه يستحب لها إجازة عقده ـ ألصق بأُصول المذهب.

ومتى حصل الدخول بأحدهما تعيّن نكاحه، فان الدخول يجب صيانته عن التحريم ما أمكن، فيكون محسوباً إجازة، ومنه يظهر وجه قوله: (ولو دخلت بأحدهما قبل الاجازة ثبت عقده).

وباقي أقسام المسألة ـ وهو: اشتباه السابق أو السبق ـ سيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى.

قوله: (ولو زوجته الأُم فرضي صح وإن ردّ بطل، وقيل: يلزمها المهر ويحمل على ادعاء الوكالة).

---

(١) النهاية: ٤٦٦.

(٢) المهذب ٢:١٩٥.

(٣) الوسيلة: ٣٥٤.

(٤) الكافي ٥:٣٩٦ حديث ٢، التهذيب ٧:٣٨٧ حديث ١٥٥٣، الاستبصار ٣:٢٣٩ حديث ٨٥٨.

ولو قال بعد العقد: زوجك الفضولي من غير اذن، وادعته، حكم

للأصحاب في هذه المسألة قولان أحدهما: ـ قول المصنف، وهو اختيار اكثر المتأخرين[١] ـ أن الأم إذا زوّجت ابنها فضولياً فلم يرض بالعقد يبطل من رأس، وهو الأصح، فان ذلك حكم العقد الفضولي.

والقائل بلزوم المهر هو الشيخ[٢] وابن البراج[٣]، لما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام أنه سأله عن رجل زوجته أمه وهو غائب؟ قال: «النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك، فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه»[٤].

وحملها المصنف على ادعاء الأم الوكالة مع إنكار الولد وعدم الثبوت، فانها تضمن المهر، لأنها قد فوتت على الزوجة عوض البضع وغرتها بدعوى الوكالة[٥].

وهذا الحمل مع كونه خلاف الظاهر لا يستقيم، فان عوض البضع إنما يضمن بالاستيفاء على وجه مخصوص، وهو منتف هنا، وقد سبق تحقيق ذلك في الوكالة وأن الأصح عدم وجوب المهر على الوكيل إلّا مع الضمان، فيمكن حمل الرواية هنا على ذلك.

واعلم أن في قول المصنف: (ويحمل على ادعاء الوكالة) مناقشة، لأن ظاهره أن الحمل لهذا القول، وليس بجيد، لأن هذا القول لا ضرورة إلى حمله على خلاف مراد قائله مع تصريحه بمراده، والظاهر أن مراد المصنف حمل مستند هذا القول على ذلك، لكن العبارة لا تساعد عليه.

قوله: (ولو قال بعد العقد: زوّجك الفضولي من غير اذن، وادعته

(١) منهم فخر المحققين في الايضاح ٣:٣٣، والشهيد في اللمعة: ١٨٧.

(٢) النهاية: ٤٦٨.

(٣) المهذب ٢:١٩٦.

(٤) الكافي ٥:٤٠١ حديث ٢، التهذيب ٧:٣٧٦ حديث ١٥٢٣.

(٥) المختلف: ٥٣٨.

بقولها مع اليمين.

ولو ادعى اذنها فأنكرت قبل الدخول قدّم قولها مع اليمين، فإن نكلت حلف الزوج وثبت العقد، وبعده الأقرب تقديم قوله لدلالة التمكين عليه.

حكم بقولها مع اليمين، ولو ادعى اذنها فانكرت قبل الدخول قدم قولها مع اليمين، فان نكلت حلف الزوج وثبت العقد، وبعده الأقرب تقديم قوله لدلالة التمكين عليه).

أي: لو قال الزوج المباشر للعقد بعد صدوره للزوجة: زوجك الفضولي من غير اذن منك، وادعت هي سبق الاذن على العقد وصدوره بالوكالة منها قدم قولها مع اليمين، لأن الأصل في العقد ـ الذي قد تصادقا على وقوعه ومباشرة الزوج إياه ولزومه من طرفه ـ الصحة واللزوم، فالأصل في جانب المرأة، والزوج يدعي خلافه فعليه البينة، ومع عدمها فعليها اليمين، ولأن العقد من طرفه شرعي، وإنما النزاع فيه من طرفها، فيقدم قولها، لأنه مستند إليها.

ويتحقق تصوير المسألة بما إذا ظهر منها بعد العقد بلا فصل ما يدل على عدم الرضى بالنكاح، فانه لو لم يقدم قولها كان النكاح فاسداً، إذ لو كان فضولياً لكان ذلك رداً ونحو ذلك.

ولو ادعى الزوج في هذه الصورة اذنها في العقد الذي عقده زيد، وانكرت هي ذلك قدّم قولها بيمينها، لأن الأصل عدم الاذن.

فان قيل: الأصل في العقد الصحة واللزوم، فيكون القول قوله هنا.

قلنا: الأصل في العقد الذي اعترف المدعي بشرعيته من طرفه اللزوم والصحة، حيث أن الاختلاف في المستند إلى المرأة، وهي تدعي صحته من جانبها أيضا، وهي

ولكل ولي ايقاع العقد مباشرة وتوكيلاً، فإن وكل عيّن له الزوج. وهل له جعل المشيئة إليه؟الأقوى ذلك.

أعرف بحال فعلها، والفعل المنسوب إليها باعترافها، بخلاف فعل الغير الذي انكرت صدوره عنها، فان الأصل عدم الاذن فيه وعدم كونه مستنداً إليها.

فان نكلت عن اليمين في الصورة الأخيرة حلف الزوج وثبت العقد باليمين المردودة.

وهذا الحكم في الصورة الأخيرة إنما هو إذا كان النزاع قبل الدخول، أما إذا كان بعده، فان الأقرب تقديم قول الزوج بيمينه، لأن الدخول مكذّب لدعواها، فيرجح جانبه، ويحتمل العدم، لعموم: واليمين على من أنكر، وضعفه ظاهر.

وفي حواشي شيخنا الشهيد: بناء الحكم على تفسير المدعي بأنه يدعي خلاف الظاهر، أما إذا فسرناه بأنه يدعي خلاف الأصل توجه الاحتمال الآخر، ويؤيده دعواها كون الدخول شبهة، وهذا ضعيف جداً، لأن الأصل في فعل المسلم كونه شرعياً، ووطء الشبهة وإن لم يكن فيه إثم، إلّا أنه ليس شرعياً، لأنه وطء من لا يستحق وطؤه.

قوله: (ولكل ولي ايقاع العقد مباشرة وتوكيلاً، فان وكل عين له الزوج، وهل له جعل المشيئة؟ الأقوى ذلك).

لا ريب أن للولي الاجباري التوكيل في ايقاع عقد النكاح كما أن له مباشرته بنفسه، لأن ذلك مما جرت العادة بالتوكيل فيه، وقد تدعو إليه حاجة كاستحياء الولي من مباشرة العقد، فصح توكيله فيه كغيره من التصرفات التي جرت العادة بالتوكيل فيها، بل هنا أولى لما قلناه من لزوم الحياء.

فاذا وكل وجب أن يعيّن للوكيل الزوج، لوجوب مراعاة الغبطة والمصلحة على الوكيل، ولم يذكر وجوب تعيين المهر احالة على وجوب مراعاة مهر المثل على الوكيل،

ولو قالت الرشيدة: زوجني ممن شئت لم يزوج إلّا من كفء، ولتقل المرأة أو وليها لوكيل الزوج أو وليه: زوجت من فلان، ولا تقول: منك، ويقول الوكيل: قبلت لفلان، ولو قال قبلت الأقرب الاكتفاء.

ولو قالت: زوجت منك، فقال: قبلت ونوى عن موكله لم يقع

كما يراعي في بيع أموالها ثمن المثل.

وهل للولي أن يجعل المشيئة في تعيين الزوج إلى الوكيل؟ فيه قولان، أقواهما عند المصنف أن له ذلك للأصل، ولأن الولي لا يجوز له أن يفوض ذلك إلّا إلى من له أهلية النظر والمعرفة في طرق المصلحة، وإذا تحقق ذلك حصل المطلوب وانتفى المانع، وهو الأصح.

والآخر ـ واختاره الشيخ في المبسوط[1] ـ المنع، لأن النظر الى الولي، فلا يتسلط على تفويضه إلى غيره.

ويضعف: بأن ما جرت العادة في التوكيل فيه تصح الاستنابة فيه، والمراد بالولي هنا الولي الاجباري كالأب والجد، أما من كانت ولايته مشتركة بينه وبين المرأة فانه لا يزوجها إلّا باذنها، فهو كالوكيل لا يوكل إلّا بالاذن.

قوله: (ولو قالت الرشيدة: زوجني بمن شئت، لم تزوج إلّا من كفء)

لوجوب حمل الاطلاق والعموم على ما لا يخالف المصلحة، والتزويج بغير كفء خلاف المصلحة.

قوله: (ولتقل المرأة أو وليها لوكيل الزوج أو وكيله: زوجت من فلان، ولا تقول: منك، ويقول الوكيل قبلت لفلان، ولو قال: قبلت، فالأقرب الاكتفاء، ولو قالت: زوجت منك، فقال: قبلت ونوى عن موكله، لم يقع

---

(١) المبسوط ٤: ١٨٠.

للموكل، بخلاف البيع.

للموكل، بخلاف البيع).

إذا كان العاقد المرأة أو وليها ولو بالوكالة مع وكيل الزوج تعين في الايجاب: زوجت نفسي أو فلانة من موكلك فلان، أو اقتصر على فلان، ولا يجوز: زوجت نفسي منك، ويقول الوكيل: قبلت لفلان.

ولو قال في هذه الحالة: قبلت ناوياً به موكله، فالأقرب عند المصنف الاكتفاء، لأن القبول عبارة عن الرضى بالايجاب السابق، فاذا وقع بعد ايجاب النكاح للموكل كان القبول الواقع بعده رضى به، فيكون للموكل لا محالة، وهو قوي متين.

ويحتمل ضعيفاً عدم الاكتفاء، لأن النكاح نسبة، فلايتخصص بمعين إلّا بتخصيصه به، فيتوقف على التصريح به.

وفيه منع، لأن كون القبول رضى بالايجاب السابق يقتضي التخصيص بمن وقع الايجاب له.

ولو قال العاقد: زوجت نفسي منك، فقال: قبلت ونوى بالنكاح موكله، لم يقع للموكل قطعاً، بخلاف البيع ونحوه من العقود، والفرق من وجوه:

أ: أن الزوجين في النكاح ركنان بمثابة الثمن والمثمن في البيع، ولا بد من تسميه الثمن والمثمن في البيع، فلابد من تسمية الزوجين في النكاح.

ب: أن البيع يرد على المال، وهو يقبل النقل من شخص إلى آخر، فلا يمتنع أن يخاطب به الوكيل وإن لم يذكر الموكل، والنكاح يرد على البضع، وهو لا يقبل النقل أصلاً، فلا يخاطب به الوكيل إلّا مع ذكر الموكل، إذ لا يقع ابتداء إلّا له، ومن ثم لو قبل النكاح وكالة عن غيره فأنكر الموكل الوكالة بطل ولم يقع للوكيل، بخلاف البيع، فانه يقع مع انكار الوكيل.

ج: أن الغرض في الأموال متعلق بحصول الاعراض المالية، ولا نظر غالبا إلى خصوصية الأشخاص، وفي النكاح الغرض الأصلي متعلق بالأشخاص، فتعين

ويجب على الولي التزويج مع الحاجة.

ولو نسي السابق بالعقد من الوليين على اثنين احتمل القرعة، فيؤمر من لم تقع له بالطلاق، ثم يجدد من وقعت له النكاح واجبار وكل منهما على الطلاق.

ويشكل ببطلان الطلاق مع الاجبار، ويحتمل فسخ الحاكم.

التصريح بالزوج.

د: أن البيع يتعلق بالمخاطب دون من له العقد، والنكاح بالعكس، ومن ثم لو قال: زوجتها من زيد، فقبل له وكيله صح، ولو حلف أن لا ينكح فقبل له وكيله حنث، ولو حلف لا يشتري فاشترى له وكيله لم يحنث.

قوله: (ويجب على الولي التزويج مع الحاجة).

كما يجب عليه اطعام المولّى عليه وسقيه عند الحاجة.

قوله: (ولو نسي السابق بالعقد من الوليين على اثنين، احتمل القرعة فيؤمر من لم تقع له بالطلاق ثم يجدد من وقعت له النكاح، واجبار كل منهما على الطلاق ويشكل ببطلان الطلاق مع الاجبار، ويحتمل فسخ الحاكم).

قد سبق حكم ما إذا زوجها الوليان وسبق أحد العقدين وحكم ما إذا اقترنا قبل المطلب الثاني، وهما صورتان، وكذا سبق عن قريب حكم صورتين من صور ما إذا زوجها الوكيلان، وبقي ثلاث صور يذكر حكمها فيما إذا صدر النكاح من الوليين، ومنه يعلم حكم ما إذا صدر من الوكيلين:

أ: أن يعلم السابق من العقدين بخصوصه ثم ينسىٰ.

ب: أن يجهل كيفية وقوعها، فلا يعلم أسبق أحدهما أم لا.

ج: أن يعلم من أول الأمر أن أحدهما سبق، لكن لم يتعين ولم يتميز، وقد ذكر المصنف حكمها، ونحن نتبع ما ذكره.

. . . .

فأما الصورة الأولى فقد ذكر فيها احتمالات ثلاثة:

أ: القرعة لأنه أمر مشكل، للعلم بثبوت نكاح أحدهما، ولا طريق إلى استعلامه، والتربص إلى التذكر مع عدم العلم بحصوله فيه إضرار بالمرأة، وقد قالوا عليهم السلام: في كل أمر مشكل القرعة[1].

فاذا أُقرع بينهما، فمن أخرجته القرعة أُمر صاحبه بالطلاق ثم يؤمر هو بتجديد النكاح، فان كانت زوجه في الواقع لم يضره تجديد النكاح، وإن كانت زوجة الآخر بانت بطلاقه وصارت زوجة الآخر بالعقد الثاني.

وإنما لم يكتف بالقرعة لأنها تفيد تمييز الحقوق عند التساوي: كالسفر باحدى نسائه والبدأة بالمبيت عند إحداهن، وتعيين الانصباء في القسمة، وتعيين العتق.

ب: اجبار كل منهما على الطلاق، لدفع الضرر اللازم على المرأة.

واستشكله المصنف ببطلان الطلاق مع الاجبار، ويمكن أن يريد المصنف تعلق الاشكال بالاحتمالين، فان الأمر بالطلاق في الاحتمال الاول إنما هو على طريق الاجبار، وإلّا فلا فائدة فيه مع الامتناع، والضرورة بحالها.

وجواب هذا الاشكال: أنه إذا ثبت بالدليل جواز الاجبار شرعاً لم يقدح في صحة الطلاق، لأن صدور الفعل بالاجبار الشرعي بمنزلة صدوره اختياراً، كما يجبر الكافر على بيع عبده إذا اسلم، وكما يجبر الممتنع على أداء الزكاة فيعتبر دفعه وتعيينه، وكما يجبر المديون على بيع ماله ودفع ثمنه في الدين، ويمكن الاحتجاج لذلك بقوله تعالى: ﴿فامساك بمعروف أو تسريح باحسان﴾[2] فان الامساك بالمعروف متعذر هنا، فتعين التسريح بالاحسان، فاذا امتنع أُجبر عليه.

ج: فسخ الحاكم النكاح بالنسبة إلى كل منهما، لأن فيه دفع الضرر، مع السلامة

---

(١) الفقيه ٣: ٥٢ حديث ١٧٤، التهذيب ٦: ٢٤٠ حديث ٥٩٣.

(٢) البقرة: ٢٢٩.

ولو اختارت نكاح أحدهما فالأقرب أنه يجدد نكاحه بعد فسخ الآخر،

من ارتكاب الاجبار في الطلاق ـ وقد أطلقوا بطلانه بالاكراه ـ ومن القرعة التي لا مجال لها في الأمور التي هي مناط الاحتياط التام، وهي الأنكحة التي يتعلق بها الأنساب والارث والتحريم والمحرمية، وأيضا فان توسيط القرعة على الاحتمال الأول لا فائدة فيه، لأنها إن كانت طريقاً إلى تعيين الزوج لم يحتج معها إلى تطليق الآخر وتجديد نكاح من خرجت له، وإلا فوجودها كعدمها.

فان قيل: فائدتها تعيين من يؤمر بالطلاق.

قلنا: أمر الآخر بالطلاق مناف لما دلت عليه القرعة، لأن الخارج بها كونه غير زوج، فلا وجه لأمره بالطلاق حينئذ، وهذا الاحتمال الأخير لا بأس به.

قوله: (ولو اختارت نكاح أحدهما فالأقرب أنه يجدد نكاحه بعد فسخ الآخر).

هذا متصل بالاحتمال الثالث، اي: وعلى القول بفسخ الحاكم النكاحين لو اختارت نكاح أحدهما قبل الفسخ، فالأقرب أنه لابد من تجديد نكاحه بعد فسخ الحاكم النكاح الآخر، من غير احتياج إلى فسخ نكاح المختار.

ووجه القرب في الامر الاول: أن مجرد الاختيار منها لا يصيّر من اختارته زوجاً لها، إذ الزوجية إنما تكون بالعقد، وعقده غير معلوم الصحة للشك في سبقه، ولا تتحقق صحته إلّا إذا كان سابقاً.

وفي وجه ضعيف ـ وهو قول لبعض العامة[1] ـ أن اختيارها كافٍ في ثبوت الزوجية للمختار، للعلم بثبوت عقده، ولم يعلم ما ينافيه، وعقد الآخر انتفى بالفسخ.

وليس بشيء، لأن أحدهما ليس بزوج قطعاً، والاختيار لا يصيّر من ليس

---

(١) المغني لابن قدامة ٧: ٤٠٦ ـ ٤٠٧.

فإن أبت الاختيار لم تجبر. وكذا لو أبت نكاح من وقعت له القرعة؛ لعدم العلم بأنه زوج

بزوج زوجاً.

ووجه القرب في الأمر الثاني: ـ وهو عدم الاحتياج إلى فسخ نكاح المختار ـ أنه إن كان زوجاً بسبق نكاحه في الواقع فهو المطلوب والعقد المجدد لاغ ولا مقتضي للفسخ حينئذ، وإن لم يكن زوجاً في الواقع فأظهر، إذ لا معنى لفسخ نكاح من لا نكاح له.

ويحتمل ضعيفاً الاحتياج إليه، ليعلم تأثير العقد الثاني، إذ لولاه لكان واقعاً في التردد، فلا يؤثر على تقدير الاحتياج إليه.

وليس بشيء، لأن هذ المقدار من الجزم كاف، حيث لم يعلم الحال في نفس الأمر، ولو أثر ذلك في العقد لأثر في الفسخ، لعدم العلم بالنكاح، لتحقق الجزم بفسخه.

واعلم: أن ظاهر قوله: (ولو اختارت...) أن هذا الاختيار ناشيء عنها ابتداءً، إلّا أنه يلوح من قوله فيما بعد: (فان أبت الاختيار لم تجبر) أن الحاكم يجبرها، ولا بأس به.

قوله: (فان أبت الاختيار لم تجبر، وكذا لو أبت نكاح من وقعت له القرعة، لعدم العلم بأنه زوج).

لما لم يكن أحدهما بعينه معلوم النكاح لم تجبر المرأة على اختيار واحد، إذ لا طريق إلى العلم بكون من تختاره هو الزوج، وكذا القول فيمن أخرجته القرعة، فانه لا يكون بذلك زوجاً، إذ لابد على القول به من تجديد نكاحه وفسخ نكاح الآخر، ولو كان زوجاً في نظر الشارع لم يحتج إلى ذلك.

واعلم: أن المصنف لو اعتبر اختيارها في تحتم الفسخ بالنسبة إلى من لم تختر ـ كما اعتبر القرعة في تحتم الأمر بالطلاق لمن لم تخرجه على الاحتمال ـ لأمكن.

وكذا لو جهل كيفية وقوعها، أو علم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه،

قوله: (وكذا لو جهل كيفية وقوعها، أو علم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه).

هاتان هما الصورتان الباقيتان من صور المسألة الخمس، وهي: ما إذا جهل كيفية وقوع العقدين فلم يعلم اقترانها أو سبق واحد، وما إذا علم أن أحدهما سابق على الآخر في الجملة ولم يعلم السابق أصلاً.

وظاهر العبارة أن حكمهما[١] حكم الصورة المتقدمة، فيطرد في كل منهما الاحتمالات الثلاثة.

والشيخ في المبسوط حكم ببطلان النكاح في هاتين الصورتين، إذ لا سبيل إلى معرفة الصحيح منهما، وحكم في الصورة المتقدمة بأنه يوقف النكاح إلى أن يستبين الحال، لأنه أمر مشكل يرجى زواله بالتذكر[٢].

والشافعي حكم بالبطلان مع اشتباه السبق والمعية، وهو ظاهر مذهبه فيما إذا علم واحد منهما ولم يتعين، كما إذا علم سبق إحدى الجمعتين[٣] ولم يتعين، فان أحد القولين عندهم الحكم بالبطلان ووجوب استئنافها، وبعض أصحابه ذهب إلى الفرق بين النكاح والجمعة، لأن الجمعة إذا صحت لم يلحقها البطلان، بخلاف النكاح، فان أسباب الفسخ تلحقه[٤].

وظاهر اختيار المصنف في التذكرة فيما إذا نسي السابق من العقدين بعد العلم به، أنه يوقف الحال إلى التذكّر[٥] ـ كمختار الشيخ ـ ولا بأس به إن لم يتصور ضرر

(١) في (ش) و(ض): حكمها، والمثبت من النسخة الحجرية.

(٢) المبسوط ٤: ١٨١.

(٣) في (ش): وهو ظاهر مذهبه فيما إذا علم سبق إحدى الجمعتين، والمثبت هو الأولى لموافقته لمذهب الشافعي.

(٤) الوجيز ٢: ٩، المجموع ١٦: ١٩١.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٩٧.

وعليها النفقة الى حين الطلاق على اشكال.

على المرأة، وإلّا فالمختار فسخ الحاكم على ما سبق.

واعلم أن هذا إنما هو إذا عقد الوليان على اثنين، فان عقدا لواحد كان عقداً معه ومع وكيله، فان سبق واحد فلا بحث، وإن اقترنا فأظهر الوجهين صحة العقدين، وفاقاً للمصنف في التذكرة[١]، ويتقوى كل من الجانبين بالاخر، وكذا القبولان، وهذا واضح إذا اتفق المسميان جنساً وقدراً وصفة، فان اختلفا احتمل صحة النكاح وبطلان الصداق، إذ ليس شرطاً لصحة النكاح، وقضية اطلاق كلام المصنف في التذكرة الصحة.

قوله: (وعليها النفقة إلى حين الطلاق على إشكال).

ظاهر العبارة أن الاشكال في وجوب النفقة في كل واحدة من الصور الثلاث، وقد خص الشارحان ذلك بها إذا علم سبق أحدهما وجهل تعيينه[٢]، وهو خلاف ظاهر العبارة، إلّا أن الاشكال ضعيف جداً فيما إذا جهل السبق والاقتران.

ومنشأ الاشكال: من أن النفقة مشروطة بالزوجية مع التمكين التام، والتمكين منتف، وزوجية كل منها مشكوك فيها، مع القطع بانتفائها عن واحد في الواقع. ومن جريان صورة العقد وعدم النشوز، وكونها في جنسها، ولأن التمكين حاصل من طرفها، لأنه المفروض، والمانع شرعي، ولما لم يتعين الزوج منها وانحصر فيهما لم يكن بد من وجوبها عليهما، لانتفاء الترجيح.

فان قلنا بالتوزيع فانفقا ثم انكشف الحال، ففي رجوع من ليس بزوج وجهان:

أحدهما: العدم، لأنه انفاق بحكم الشارع.

والأقوى الرجوع، إذ قد تبين أنه انفاق غير مستحق مع عدم التبرع.

---

(١) التذكرة ٢:٥٩٧.

(٢) ايضاح الفوائد ٣:٣٧.

ولو امتنعا من الطلاق احتمل حبسهما عليه وفسخ الحاكم أو المرأة.

قال في التذكرة[1]: وأما المهر فلا يطالب به واحد منهما، لمكان الاشتباه، ولا سبيل إلى إلزام مهرين، ولا إلى قسمة المهر عليهما.

قلت: الفرق بين المهر والنفقة غير واضح، ويمكن الفرق: بأن النفقة وجبت، لأن المرأة محبوسة لنكاحها، بخلاف المهر، فانه عوض النكاح الصحيح، وليس بمعلوم.

فرع: لو مات أحد الزوجين مع السبق وقفنا من تركته ميراث زوجة، ولو ماتت هي وقفنا ميراث زوج إلى الصلح أو وضوح الحال.

قوله: (ولو امتنعا من الطلاق احتمل حبسهما عليه، وفسخ الحاكم، أو المرأة).

أي: لو امتنعا من الطلاق في كل موضع يؤمران فيه بالطلاق شرعاً ويجبران عليه، ففيه احتمالات:

أحدها: حبسهما عليه، لأنه حق لآدمي مطالب به.

الثاني: تولي الحاكم الفسخ، لبطلان الطلاق مع الاجبار، فلا سبيل إلى دفع الضرر إلّا بالفسخ.

الثالث: تسلط المرأة على الفسخ، لأنها تتسلط على الفسخ بالعيب فهنا أولى، لأن ضرره أشد.

وربما نزلت العبارة على أن في الحكم احتمالين فقط:

أحدهما: حبس الحاكم إياهما أو فسخه عليهما مخيراً في ذلك، كما يتخير في حبس الممتنع من أداء الدين حتى يوفي، واستقلاله هو بالأخذ من أمواله ما يوفي به الدين.

والثاني: فسخ المرأة.

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٩٨.

وعلى كل تقدير ففي ثبوت نصف المهر اشكال ينشأ: من أنه طلاق قبل الدخول، ومن ايقاعه بالاجبار، فأشبه فسخ العيب، فإن اوجبناه افتقر إلى القرعة في تعيين المستحق عليه.

وهذا حسن[1] والعبارة لا تأباه، إلّا أن ما تقدم في أول الكلام ـ من جعل الاجبار على الطلاق احتمالاً وفسخ الحاكم احتمالاً آخر ـ يخالف هذا، وكيف كان ففسخ الحاكم لا بأس به.

ومما يرجّح التنزيل الثاني: أن الحكم بالفسخ إذا كان فراراً من الاجبار على الطلاق، فكيف يجوز بناؤه على الاجبار والامتناع، ثم تسليط المرأة على الفسخ بعيد.

ولا يخفى أنه على قول الشيخ ببطلان النكاحين[2]، فلا حاجة إلى طلاق، ولو تزوجت المرأة على قوله ثم علم الحال وتعين السابق فلا حكم له عنده.

قوله: (وعلى كل تقدير ففي ثبوت نصف المهر إشكال، ينشأ: من أنه طلاق قبل الدخول، ومن إيقاعه بالاجبار فأشبه فسخ العيب، فان أوجبناه افتقر إلى القرعة في تعيين المستحق عليه).

وعلى كل تقدير من التقديرات السابقة التي يقع فيها الطلاق اجباراً ـ إما مع الحبس، أو بدونه مع القرعة، أو بدونها ـ ففي ثبوت نصف المهر إشكال، ينشأ: من أنه طلاق قبل الدخول، فيندرج في عموم قوله تعالى: **﴿وإن طلقتموهنّ من قبل أن تمسوهنّ وقد فرضتم لهنّ فريضة فنصف ما فرضتم﴾**[3] ومن ايقاعه بالاجبار، فأشبه الفسخ بالعيب، فلا يجب به شيء، فان اوجبناه افتقر إلى القرعة في تعيين المستحق عليه، للاشتباه.

---

(١) في «ض»: أحسن.

(٢) المبسوط ٤:١٨١.

(٣) البقرة: ٢٣٧.

• ولو ادعى كل منهما السبق وعلمها ولا بينة، فإن أنكرت العلم حلفت على نفيه، فيسقط دعواها عنها ويبقى التداعي بينهما. ولو أنكرت السبق حلفت ويحكم بفساد العقدين، ولا يبقى التداعي بينهما، فإن نكلت ردت عليهما، فإن حلفا معاً بطل النكاحان أيضاً.

وهنا مباحث:

أ: أن ظاهر تعليل المصنف الثاني من وجهي الاشكال يقتضي أن موضع الاشكال إنما هو إذا حصل الطلاق بالإجبار، كما قررناه في أول تصوير المسألة، وظاهر أول العبارة أعم من ذلك، فان قوله: (وعلى كل تقدير) ظاهره يتناول الطلاق بالاختيار وفسخ المرأة وفسخ الحاكم، والاشكال قائم في المواضع كلها، لأن الاشتباه يمنع المطالبة. وتعيين المديون بالمهر بالقرعة محل توقف، لأن وجوبه أثر النكاح، إلّا أن الفسخ من المرأة، لكونه قبل الدخول، وقد يقال لا يجب معه مهر كالردة.

ب: العبارة تتناول طلاق من أخرجته القرعة بالاجبار، وايجاب نصف المهر عليه بعيد جداً، لأنه ليس بزوج علماً ولا ظناً، ولا سبيل إلى القرعة ثانياً لأجل المهر هنا، لمنافاتها القرعة الأُولى على تقدير إخراج القرعة الثانية غير من أخرجته الاولى.

ج: الظاهر من قول المصنف: (ففي ثبوت نصف المهر) ثبوت نصف المسمى، وهو واضح إذا اتحد المسميان جنساً وقدراً وصفة، أما مع الاختلاف فالأمر اشكل، واعتبار القرعة فيه محل تأمل، والتوقف في ذلك كله طريق السلامة.

قوله: (ولو ادعى كل منهما السبق وعلّمها ولا بينة، فان أنكرت العلم حلفت على نفيه، فتسقط دعواهما عنها ويبقى التداعي بينهما، ولو أنكرت السبق حلفت ويحكم بفساد العقدين.

وإن نكلت ردت عليهما، فان حلفا معاً بطل النكاحان أيضا.

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكمنا بصحة نكاح الحالف، وإن اعترفت لهما دفعة احتمل الحكم بفساد العقدين.

والأقرب مطالبتها بجواب مسموع، لأنها أجابت بسبق كل منهما، وهو محال.

وان اعـترفت لأحـدهما ثبت نكاحه على اشكال ينشأ: من كون الخصم هو الزوج الآخر.

وهل تحلف للآخر؟ فيه اشكال ينشأ: من وجوب غرمها بمهر المثل للثـاني لو اعـترفت له، وعدمه. وكذا لو ادعى زوجيتها اثنان فاعترفت لأحدهما ثم للآخر.

فإن أوجبنا اليمين حلفت على نفي العلم، فإن نكلت حلف الآخر.

فإن قلنا: اليمين مع النكول كالبينة، انتزعت من الأول للثاني؛ لأن البينة اقوى من اقرارها.

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكمنا بصحة نكاح الحالف.

وإن اعـترفت لهما دفعـة احتمل الحكم بفساد العقدين، والأقرب مطالبتها بجواب مسموع، لأنها أجابت بسبق كل منهما، وهو محال.

وإن اعـترفت لأحدهما ثبت نكاحه على إشكال، ينشأ: من كون الخصم هو الـزوج الآخر، وهل تحلف للآخر؟ إشكال، ينشأ: من وجوب غرمها لمهر المثل للثاني لو اعترفت له، وعدمه.

وكـذا لو ادعى زوجيتها اثنان فاعترفت لأحدهما ثم للآخر، فان أوجبنا اليمين حلفت على نفي العلم، فان نكلت حلف الآخر، فان قلنا اليمين مع النكول كالبينة انتزعت من الأول للثاني، لأن البينة أقوى من

وإن جعلناه اقراراً، ثبت نكاح الأول وغرمت للثاني على اشكال.

اقرارها، وإن جعلناه اقراراً ثبت نكاح الأول وغرمت للثاني على إشكال).

هذا من أحكام مسألة عقد الوليين لرجلين، وتحقيقه: أنه إذا ادعى كل من المعقود لهما على المعقود عليها سبق عقده على عقد الآخر لم تتحقق الدعوى عليها حتى يدعيا عليها العلم بالسبق، لأن ذلك فعل الغير، فاذا ادعيا علمها والفرض أنه لا بينة، فلا يخلو إما أن تجيب بانكار العلم بالسبق، أو العلم بعدم سبق واحد.

ففي الأول تحلف لكل منهما على نفي علمها بسبق عقده، فتسقط دعواهما عنها ويبقى التداعي بينهما، كما لو ادعيا عيناً في يد ثالث واحلفاه على نفي العلم بالمستحق.

وفي الثاني تحلف لكل منهما على عدم سبق عقده، فينتفي سبقهما بيمينها، ويحكم بفساد العقدين، لاقتضاء اليمين اقترانهما.

وإن نكلت عن اليمين لكل منهما ردت اليمين عليهما، فاذا حلف كل منهما على وفق دعواه بطل النكاحان أيضا، للتدافع، وكذا لو نكلا.

ولو حلفت لواحد ونكلت عن اليمين للآخر فحلف هو بالرد وثبت نكاحه، وكذا لو نكلت هي عن اليمين لهما وحلف أحدهما ونكل الآخر، لثبوت دعواه بيمينه من غير معارض.

وإن اعترفت لهما دفعة كأن قالت: نكاح كل منهما سابق، ففي المسألة احتمالان:

أحدهما: الحكم بفساد العقدين لتدافعهما، وفساده ظاهراً، لأن اقرارها ليس حجة عليهما، مع أن هذا الاقرار معلوم الفساد، لأن سبق كل منهما محال، فتطالب بجواب مسموع، وهذا الاحتمال الثاني، وهو الأقرب عند المصنف وعليه الفتوى.

وقال الشارح الفاضل هنا: وهذه المسألة مبنية على المسألة الآتية: أنها لو اعترفت لأحدهما هل يثبت نكاحه؟ فان ثبت كان اقرارها موجباً لثبوته فقد وقع موجب ثبوت كل واحد منهما مع موجب ثبوت الاخر، فكان كالعقد فنشأ الاحتمال

. . . .

الأول[١].

وليس بجيد هذا البناء، لأن الذي سيأتي هو احتمال ثبوت نكاح أحدهما إذا اعترفت له خاصة بالسبق لا مطلقاً، وقد حكم المصنف في التذكرة بأن هذا الاحتمال غلط[٢].

وإن اعترفت لأحدهما بسبق عقده ثبت نكاحه على إشكال، ينشأ: من أن الخصم في ذلك هو الزوج الآخر، وقد ثبت له عليها حق باعتبار تحقق صدور عقد نكاح صحيح يحتمل أن يكون نكاحه، فلا ينفذ اقرارها لمخالفه، فلا يقبل اقرارها في إبطال حقه، كما لو اقرت عليه بطلاق.

ومن أنها أقـرت للمدعي بما ادعاه عليها، فوجب أن يسمع اقرارها، عملاً بعموم قوله عليه السلام: «اقرار العقلاء على انفسهم جائز»[٣] كما لو ادعى زوجيتها رجلان فاقرت لأحدهما، وكما لو ادعى اثنان عيناً في يد ثالث فصدق أحدهما، وهذا أقوى، وهو مختار المصنف في التذكرة[٤].

وضعف الأول ظاهر، لأن عقد الآخر لم يجعل له سلطنة عليها، لأنها مشروطة بكونه سابقاً، والشرط مجهول، وحيث لم يكن له عليها سلطنة لم تمنع اقرارها لغيره، كما إذا ادعيا زوجيتها من أول الأمر فأقرت لأحدهما.

وحينئذ فهل تحلف للآخر على نفي العلم بالسبق، أو على عدم السبق على حسب جوابها؟ فيه إشكال، ينشأ: من التردد في وجوب غرمها لمهر المثل للثاني لو اعترفت له، وعدمه.

---

(١) ايضاح الفوائد ٣:٣٩.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢:٥٩٨.

(٣) عوالي اللآلي ٢:٢٥٧ حديث ٥.

(٤) التذكرة ٢:٥٩٨.

. . . .

والحاصل أن الاشكال في توجه اليمين هنا مبني على الاشكال في الغرم لو أقرت للثاني بعد الاقرار للأول، ووجه البناء: أن اليمين إنما يتوجه على المنكر مع الفائدة، وإنما يتحقق إذا كان بحيث لو أقر لنفع اقراره.

ولو نكلت فردت اليمين على المدعي فحلف استحق شيئاً، فان غاية مطالبته باليمين أن يقر أو ينكل، وإذا انتفت الفائدة على التقديرين لم يكن لليمين فائدة أصلاً، فلم يتوجه.

ولا يخفى أنه لو ذكر في منشأ الاشكال حصول الفائدة لو أقرت أو نكلت ـ ليشمل حكم ما إذا نكلت فحلف بالرد، وقلنا إن المردودة كالبينة، وأنها تقتضي انتزاع الزوجة على ما ذكره المصنف ـ لكان أولى، لأن مقتضى ما ذكره توجه اليمين على تقدير ثبوت الغرم مع الاقرار خاصة، وليس كذلك.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن في الغرم في هذه الصورة وأمثالها قولين، قد تقدم ذكرهما قبل الفصل الثاني، وأن ثبوت الغرم لا باس به، كما إذا أقر بعين لزيد ثم أقر بها لعمرو، فلا حاجة إلى إعادتها، وسيأتيان بعد ذلك أيضا إن شاء الله تعالى.

ومثله في ثبوت التردد في الغرم ما إذا ادعى زوجيتها اثنان فاعترفت لأحدهما، فانه يثبت نكاحه على ما سبق، فاذا اعترفت بعد ذلك للآخر ففي وجوب غرمها لمهر المثل ـ بسبب تفويتها حقه من البضع باقرارها للاول ـ القولان، وإلى هذا أشار بقوله: (وكذا لو ادعى زوجيتها اثنان فاعترفت لأحدهما ثم للآخر)[1].

وأما قوله: (فإن أوجبنا اليمين....) فانه من أحكام قوله: (وهل تحلف للآخر؟ فيه اشكال) وما وقع في اليمين معترض، فان أوجبنا اليمين إذا طلبه الزوج الآخر حلفت على نفي العلم، بمعنى أنها لا تكلف البينة.

---

(١) في «ش» جاء بعد هذا: لا يخفى أن قوله: (وكذا لو ادعى زوجيتها...) المتبادر منه أن في وجوب تحليفها اشكالا، وليس بمراد. ولم ترد هذه العبارة في «ض».

. . . .

ولو علمت بالحال حلفت على البت على ما سبق، فان نكلت حلف الزوج الآخر.

ثم ينظر فان جعلنا اليمين المردودة كالبينة انتزعت من الأول وسلمت إلى الثاني، لأن البينة أقوى من اقرارها.

ويشكل بأن اليمين المردودة وإن جعلت كالبينة فانما يجعل مثلها في حق الحالف والناكل لا في حق شخص آخر، لانتفاء الدليل على ذلك، فان اليمين المردودة لما كانت حجة للمدعي فهي إما كالبينة أو كاقرار الخصم، لأن حجته دائرة بين الأمرين، وإذا كانت كالبينة فكونها مثلها في حقه وحق غيره لا يدل عليه دليل، وسيأتي تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى في كتاب القضاء.

وإن جعلنا المردودة كالاقرار استقر نكاح الثاني، لأن الاقرار الطارىء لا يزيل حكم السابق، وفي غرمها مهر المثل للثاني الاشكال السابق، إذا قلنا اليمين المردودة كالاقرار ـ ربما يشترط أن يحلفا دفعة، وإلّا لكان حلف الثاني كالاقرار للثاني بعد الاقرار للأول، فلا يؤثر إلّا غرم مهر المثل ـ قلنا بالغرم في نظائره.

واعلم: أن هذه دعوى واحدة متضمنة لدعويين، فلذلك سمعتا معاً، فان ثبوت أيها كانت تقتضي نفي الأُخرى.

وقد ذهب بعض العامة إلى أنها إذا أنكرت السبق حلفت لهما معاً يميناً واحدة إن كانا حاضرين في مجلس الحكم ورضيا باليمين الواحدة، ولو حضر أحدهما وادعى فحلفت له ثم حضر الآخر وأراد تحليفها ففي وجوب اجابته وجهان عندهم، وأجروا هذا الخلاف في كل شخصين يدعيان شيئاً واحداً[1].

والظاهر التعدد، لأنها دعويان تضمنتها دعوى واحدة، نعم لو تراضيا بيمين

---

(١) المجموع ١٦: ١٩٢، الوجيز ٢: ٩.

الباب الثالث: في المحرمات، التحريم إما مؤبد أولا، فهنا مقصدان:

الأول: في التحريم المؤبد، وسببه إما نسب أو سبب.

القسم الأول: النسب، وتحرم به الأُم وإن علت، وهي كل انثى ينتهي إليها نسبه بالولادة ولو بوسائط لأب أو لام.

والبنت وهي كل من ينتهي اليك نسبهـا ولو بوسائط وإن نزلت، وبنات الابن وإن نزلن.

والأُخت لأب أو لأُم أو لهما، وبناتها وبنات أولادها وإن نزلن.

واحدة فلا مشاحة.

فرع: لو ادعيا عليها زوجية مطلقة ولم يتعرضا للسبق ولا لعلمها به، فعليها أن تجيب جواباً قاطعاً، ولا يكفيها نفي العلم بالسابق، لأنها إذا لم تعلم فلها الجواب البات والحلف على انها ليست زوجة، كما إذا ادعي على انسان أن أباه أتلف عليه كذا وأراد تغريمه، فالوارث يحلف أنه لا يعلم به، ولو ادعي عليه أن عليه تسليم كذا من التركة حلف على أنه لا يلزمه التسليم.

قوله:(الباب الثالث في المحرمات: التحريم إما مؤبد أو لا، فهنا مقصدان:

الأول: في التحريم المؤبد، وسببه إما نسب أو سبب.

القسم الأول: النسب، وتحرم به: الاُم وإن علت وهي كل اُنثى ينتهي إليها نسبه بالولادة ولو بوسائط لأب أو لاُم، والبنت وهي كل من ينتهي إليك نسبها ولو بوسائط وإن نزلت، وبنات الابن وإن نزلن، والاُخت لأب أو لاُم أو لهما، وبناتها، وبنات أولادها وإن نزلن.

وبنـات الأخ، لأب كان أو لأم أو لهما، وبنـات أولاده وإن نزلوا.

وبنات الأُخت لأب أو لأُم أو لهما وإن نزلوا.

والعمة، لأب كانت أو لأُم أولهما وإن علت.

والخالة، لأب كانت أو لأُم أولهما وإن علت، ولا تحرم أولاد الاعمام والأخوال.

والضابطة: أنه يحرم على الرجل أُصوله وفروعه، وفروع أول أُصوله وأول فرع من كل أصل وإن علا.

وبنـات الأخ، لأب كان أو لأُم أو لهما، وبنـات أولاده وإن نزلوا.

وبنات الأُخت لأب أو لأُم أو لهما وإن نزلوا.

والعمة، لأب كانت أو لأُم أو لهما وإن علت.

والخالة، لأب كانت أو لأُم أو لهما وإن علت، ولا تحرم أولاد الاعمام والأخوال.

والضابط: أنه يحرم على الرجل أُصوله وفروعه، وفروع أول أُصوله، وأول فرع من كل أصل وإن علا).

المحرمات بنص القرآن في قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أُمهاتكم﴾[٢] الآية ثلاث عشرة امرأة: سبع بالنسب، واثنتان بالرضاع، وأربع بالمصاهرة.

فاما المحرمات بالنسب:

فمنهن الأُم وإن علت، وهي: كل انثى ينتهي إليها نسب الشخص بالولادة، بواسطة كان ذلك أم لا، لأب كانت أم لأُم.

والبنت، وهي: كل أُنثى ينتهي إليك نسبها بالولادة ولو بوسائط وإن نزلت.

---

(١) ما بين المعقوفتين لم يرد في نسخ جامع المقاصد، وأثبتناه من خطبة القواعد لاقتضاء الشرح له.

(٢) النساء: ٢٣.

. . . .

لبنت كانت أم لابن.

والأُخت، وهي كل أُنثى ولدها أبواك أو أحدهما.

وبنات أولادها وإن نزلوا.

وبنات الأخ وأولاده وإن نزلوا، لأب كان أم لأُم أم لهما.

والعمة، وهي: كل أُنثى هي أُخت ذكر ولدك بواسطة أو بغير واسطة، وقد يكون من جهة الأُم، كاخت أبي الأم.

والخالة، وهي: كل أُنثى هي أُخت أُنثى ولدتك بواسطة أو بغير واسطة، وقد تكون من جهة الأب، كاخت أُم الأب.

وقد ضبطهن المصنف بعبارة وجيزة وهي: أن (يحرم على الرجل أُصوله وفروعه، وفروع أول أُصوله، وأول فرع من كل أصل وإن علا).

فالأُصول: الأُمهات، والفروع: البنات، وفروع أول الأُصول: الأخوات وبناتهن وبنات الأخ، وأول فرع من كل أصل[1] وإن علا: الأخوات مرة أُخرى.

والأحسن تقييده بما يخرجهن، مثل أن يقال: وأول فرع من كل أصل بعده، أي: بعد أول اصوله، وهو الأصل الأول، وهنا مباحث:

أ: للفقهاء خلاف مشهور في أن بنات الأولاد يشملهن اسم البنات حقيقة، وكذا الجدات بالنسبة إلى لفظ الأُمهات.

فعلى القول بشمولهن حقيقة ما سبق من تفسير الأُم والبنت، وهو المعنى الحقيقي.

وعلى المختار، وهو تفسير المراد هنا، وليس هو الحقيقة، بل هو معنى مجازي، وإن كان اللفظ يقع على البعض حقيقة، لأن مدلول اللفظ هو المعنى الشامل للجميع، وذلك مجازي لا محالة.

(١) جاء في «ض» بعد هذا: إن علا كالعمات والخالات وان علون لكي يدخل في قوله:(اول فرع بعد كل اصل).

ويحرم على المرأة ما يحرم على الرجل، كالأب وإن علا، والولد وإن نزل، والأخ وابنه وابن الأُخت والعم وإن علا، وكذا الخال.

والنسب يثبت شرعاً بالنكاح الصحيح والشبهة دون الزنا، لكن

ب: على القول المختار لا حاجة إلى تقييد تفسير الأُخت بأنها كل أُنثى ولدها أبواك الادنيان، إذ لا يقع الأب على الجد على هذا القول إلاّ مجازاً.

ج: ذكر في تفسير الأُم أنها (كل أُنثى ينتهي إليها نسبه بالولادة) ولم يذكر قيد الـولادة في البنت، فان كان محتـاجاً إليه في الأول فلابد منه في الثاني، وإلاّ فهو مستدرك،والظاهر أنه لابد منه، لأن النسب هو القرابة، وهي أعم من الأُبوة والبنوة وغيرهما، حتى لو قال قائل: الأُخت هي كل أُنثى ينتهي إليك نسبها أو ينتهي إليها نسبك ـ لأن أبويك أو أحدهما ولدها ـ لكان معنى صحيحاً، وكان المصنف إنما أهمل ذكره في الثاني اكتفاء بذكره في الأول، فانه بينة على الثاني.

د: لو قال: ولو بواسطة وإن تعددت بدل قوله: (ولو بوسائط) لكان أحسن، لأنه حينئذ يكون معطوفاً على مقدر، وهو لو كان بغير واسطة، لأنه حينئذ يكون أبلغ، حيث أن المهم بذكره هو الفرد الأخفى، وغيره مسكوت عنه، وعلى صنعه فبعض المسكوت عنه من الأخفى، وهو ما إذا كان ذلك بواسطة فقط.

قوله:(ويحرم على المرأة ما يحرم على الرجل، كالأب وإن علا، والولد وإن نزل، والأخ وابنه، وابن الاخت، والعم وإن علا، وكذا الخال).

لما كان تحريم النكـاح من أحـد الطرفين يقتضي ثبوت التحريم أيضاً من الطرف الآخر لا محالة، كان الحكم بتحريم الأُم وإن علت على الولد وإن نزل مقتضياً لتحريم الولد وإن نزل على الأُم وإن علت، وكذا القول في الأب بالنسبة إلى البنت، وكذا البواقي.

قولـه:(والنسب يثبت شرعاً بالنكاح الصحيح والشبهة دون الزنا،

التحريم يتبع اللغة، فلو ولد له من الزنا بنت حرمت عليه وعلى الولدوطء امه وإن كان منفيا عنهما شرعاً، وفي تحريم النظر اشكال، وكذا في العتق والشهادة والقود.

وتحريم الحليلة وغيرها من توابع النسب.

لكن التحريم يتبع اللغة، فلو ولد له من الزنا بنت حرمت عليه وعلى الولد وطء أُمه وإن كان منفياً عنها شرعاً، وفي تحريم النظر إشكال، وكذا في العتق والشهادة والقود وتحريم الحليلة وغيرها من توابع النسب).

لا خلاف بين أهل الاسلام في أن النسب الذي هو مناط كثير من الأحكام الشرعية ـ مثل تحريم النكاح ونحوه ـ يثبت بالنكاح الصحيح، والمراد به: الوطء المستحق شرعاً بعقد صحيح أو ملك وإن حرم بعارض كالوطء في الحيض.

ولا يعتبر علمه بكون الوطء جائزاً له، فلو وطأ حليلته بظن أنها أجنبية مقدماً على الزنا لم يقدح في كون الوطء شرعياً، وإن أثم باقدامه عليه معتقداً حرمته.

ويلحق به وطء الشبهة، والمراد به: الوطء الذي ليس بمستحق شرعاً مع ظنه أنه مستحق، ويلحق به وطء المجنون والنائم ومن في معناه والصبي غير المميز ـ وفي المميز..[1] ـ فيثبت به النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح.

وأما الزنا، وهو: الوطء الذي ليس بمستحق شرعاً مع العلم بالتحريم، فلا يثبت به النسب اجماعاً، لكن اجمع أصحابنا على أن التحريم المتعلق بالنسب يثبت مع الزنا إذا تولد به ولد، فيحرم على الزاني المخلوقة من مائه، كما يحرم على الزانية المتولد منها بالزنا، فان ذلك يعد ولداً لغة، وإن كانت تسميته ولداً منتفية شرعاً، فيتبع التحريم اللغة.

---

(١) كذا في «ش» النسخة الحجرية، وفي «ض» ويلحق به وطء المجنون والنائم، وفي معناه وطء الصبي غير المميز وفي المميز. والظاهر أن كلمة (اشكال) بعد قوله: (وفي المميز) ساقطة من نسخ جامع المقاصد.

. . . .

ولقائل أن يقول: إن المتبع إن كان هو الحقيقة اللغوية وجب الحكم بثبوت باقي الأحكام الثابتة مع صدق اسم الولد، وإنما يكون ذلك مع عدم النقل عن المعنى اللغوي، وإلّا لم يثبت التحريم أيضا.

وعلل ابن ادريس المنع بكون المتولد من الزنا كافراً، فلا يحل على المسلم[1].

وفيه نظر أيضـاً، لتخلفه فيما إذا كان الزاني كافراً، فان مقتضاه حل نكاح المتولدة عنه بالزنا.

إذا عرفت ذلك ففي تحريم نظر الزاني إلى بنته والزانية إلى ابنها فيه اشكال، ينشأ: من كونه ولداً حقيقة لغة، لأن الولد حيوان يتولد من نطفة آخر، والنقل على خلاف الأصل، ولم يقم دليل على ثبوته، وانتفاء بعض الأحكام كالارث جاز أن يستند إلى فقد بعض الشروط، ولا يتعين استناده إلى انتفاء الاسم شرعاً.

ومن أن حلّ النظر حكم شرعي، فلا يثبت مع الشك في سببه، ولأن التحريم هو المناسب للاحتياط المطلوب في هذا البـاب، والظاهر من قوله عليه السلام: «وللعاهر الحجر»[2] ان الزاني لا ولد له، والأصح التحريم.

وكذا يأتي الاشكال في العتق، بمعنى أنهلو ملك ابنه من الزنا ومن جرى مجراه ففي انعتـاقـه بالقرابة الاشكال، ومنشؤه يعلم مما سبق، والاصح العدم، للشك في السبب، فيتمسك بالأصل المقتضي لبقاء الملك.

وكذا القول في ردّ شهادة ولد الزنا على أبيه حيث تقبل شهادته على غيره، وفيه الاشكال، ومنشؤه معلوم مما سبق، والاصح القبول، لمثل ما سبق.

وكذا القول في القود، بمعنى أنّ الزاني لو قتل ولده من الزنا هل يقاد به؟ فيه

---

(١) السرائر: ٢٨٧.

(٢) الكافي ٧: ١٦٣ حديث ١، التهذيب ٩: ٣٤٦ حديث ١٢٤٢، الاستبصار ٤: ١٨٥ حديث ٦٩٣، سنن ابن ماجة ١: ٦٤٧ حديث ٢٠٠٦ و ٢٠٠٧، مسند احمد ٦: ١٢٩.

ولو ولدت المطلقة لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق فهو للأول، ولستة أشهر من وطء الثاني فهو له، ولو كان لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني ولأكثر من اقصى مدة الحمل من وطء الأول انتفى عنهما،ولو كان لستة أشهر من وطء الثاني ولأقل من أقصى المدة من وطء الأول قيل: يعمل بالقرعة، والأقرب أنه للثاني واللبن تابع.

الاشكال، والأصح أنه يقاد، للشك في المسقط.

وكذا القول في تحريم حليلة ولد الزنا على الزاني وزوج بنت الزنا على أُمها الزانية، فيه الاشكال.

وكذا حبس الأب في دينه لو منعناه في الأب شرعاً، وغير ذلك من توابع النسب.

والأصح عدم اللحاق في شيء من هذه الأحكام ـ أخذاً بمجامع الاحتياط، وتمسكاً بالأصل ـ حتى يثبت الناقل، ولا ينافي ذلك تحريم النكاح، لأن حل الفروج أمر توقيفي، فيتوقف فيه على النص، وبدونه ينتفي بأصالة عدم الحل، فلا يكفي في حل الفروج عدم القطع بالمحرم، لأنه مبني على كمال الاحتياط.

قوله:(ولو ولدت المطلقة لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق فهو للأول، ولستة أشهر من وطء الثاني فهو له، ولو كان لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني، ولأكثر من اقصى الحمل من وطء الأول انتفى عنهما، ولو كان لستة أشهر من وطء الثاني ولأقل من أقصى المدة من وطء الأول قيل: بالقرعة، والأقرب أنه للثاني، واللبن تابع).

موضع هذه المسائل أحكام الأولاد، لكن ذكرها هنا لمتعلق أحكام النسب بها، وهي أربع مسائل، لأنه إما أن يمتنع لحاقه بالثاني خاصة، أو بالأول خاصة، أو بهما معاً، أو يمكن لحاقه بهما معاً.

. . . .

الأولى: إذا ولدت المطلقة المدخول بها بعد أن قضت عدتها وتزوجت بآخر ودخل بها لأقل من ستة أشهر من دخول الثاني ولدون أقصى مدة الحمل من وطء الأول، فهو للأول قطعاً، لأن الفراش في المدة كلها منحصر فيها، وقد امتنع اللحاق بالثاني، فتعين اللحاق بالأول.

الثانية: ولدت لستة أشهر من وطء الثاني ولزيادة عن اقصى مدة الحمل من وطء الأول، فهو للثاني قطعاً، لانتفاء اللحاق بالأول.

الثالثة: ولدت لأقل من ستة اشهر من وطء الثاني ولأكثر من أقصى مدة الحمل من وطء الأول، فهو منتف عنهما قطعاً، لامتناع اللحاق بواحد منهما.

الرابعة: ولدت لستة أشهر من وطء الثاني ولأقصى مدة الحمل فما دون من وطء الأول، ففي الحكم قولان:

أحدهما: القرعة، فمن اخرجته له لحق به، لأنه أمر مشكل، فانها فراش لكل منهما، واللحاق بكل منهما ممكن شرعاً، فلا ترجيح، واختار هذا القول الشيخ في المبسوط[1].

والثاني: ـ وهو الأقرب ـ كونه للثاني، لأن فراش الأول قد زال، وفراش الثاني ثابت، والثابت أقوى من الزائل، فالترجيح له، وهذا هو الأصح، وستأتي هذه المسألة إن شاء الله تعالى في الحاق الأولاد.

إذا تقرر ذلك فاعلم: أن كل من حكم بلحاق الولد به في هذه الصورة حكم بكون اللبن له، فيترتب عليه أحكام الرضاع وغير ذلك من أحكام النسب.

ويمكن أن يجعل قوله: (واللبن تابع) راجعاً إلى ما تقدم من المسائل كلها، من عند قوله: (والنسب يثبت شرعاً...) ويكون المعنى: أن كل موضع يثبت فيه النسب

---

(١) المبسوط ٥: ٢٠٥.

. . . .

يتبعه اللبن، وما لا فلا.

وتردد ابن ادريس في اعتبار اللبن الحاصل عن وطء الشبهة بحيث ينشر الحرمة[١]، والشيخ[٢] وجماعة[٣] على تعلق التحريم به، وهو المعتمد، لأنه لبن درّ عن وطء محترم شرعاً يثبت به النسب، فيندرج في ظاهر قوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾[٤].

ثم تنبه لأمور:

الأول: قوله: (ولو ولدت المطلقة لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق) لو قال بدله: لو ولدت المطلقة لأقل من ستة أشهر من حين دخول الثاني، لكان أولى، لأنه يشمل ما إذا كان لأقل من ستة أشهر من حين وطئه، ولستة أشهر فصاعداً من حين الطلاق، فان لحاقه بالثاني ممتنع هنا أيضاً، إذ مجرد الزوجية لا يكفي في اللحاق من دون الدخول.

الثاني: قوله: (ولستة أشهر من وطء الثاني) أراد به المسألة الثانية، والواجب أن يقيد بقيد آخر، وهو كونه لأكثر من اقصى مدة الحمل من وطء الأول، وإلّا لدخلت الرابعة في هذه، وكأن المصنف اكتفى بأن مخالفة حكم الرابعة لحكم هذه كاف في الاكتفاء بتقييد الرابعة عن تقييدها، فيكون المعتبر هنا مقابل قيد الرابعة.

الثالث: لو قال في الرابعة: ولأقصى مدة الحمل من وطء الأول، لكان أولى، إذ لا يشترط في امكان لحاقه بالأول كونه لأقل من أقصى مدة الحمل، بل اللحاق ممكن ما لم يتجاوز الوضع أقصى مدة الحمل من وطئه[٥].

---

(١) السرائر: ٢٩٣.

(٢) المبسوط ٥: ٢٩١ ـ ٢٩٢.

(٣) منهم: المحقق في الشرائع ٢: ٢٨٢، والشهيد في اللمعة: ١٨٨.

(٤) النساء: ٢٣.

(٥) جاء في «ش» بعد هذا: الظاهر ان الوطء بملك اليمين كالنكاح.

ولو نفىٰ الولد باللعان تبعه اللبن، فإن أقر به بعده عاد نسبه، ولا يرث هو الولد.

القسم الثاني: السبب، وتحرم منه بالرضاع، والمصاهرة، والتزويج، والزنا وشبهه واللعان، والقذف،

قوله:(ولو نفى الولد باللعان تبعه اللبن، فان أقر به بعده عاد نسبه، ولا يرث هو الولد).

لا ريب أنه إذا نفى الولد باللعان انتفى عنه، فان كان بنتاً لم يجز له نكاحها إن كان قد دخل بالملاعنة قطعاً، وإن لم يكن دخل فوجهان يلتفتان إلى انتفائها عنه، وأن الانتفاء إنما يثبت ظاهراً، ولهذا لو استلحقها لحقت به.

وعلى هذا ففي ثبوت القصاص بقتل هذا الولد والحد بقذفه والقطع بسرقة ماله وقبـول شهادته عليه وجهان، واختار المصنف في التذكرة[1] ثبوتها، لأنه نفى نسبه باللعان فانتفت توابعه، واقراره بعد ذلك بالولد لا يسقط ماثبت عليه، كما أن الولد يرثه، ولا يرث هو الولد، لأن اعترافه إنما يثبت في حقه لا في حق الولد.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن اللبن ينتفي عن الملاعن كما ينتفي عنه الولد، وهل يعود إذا اعترف بالولد؟ لم يتعرض إليه المصنف، وكان حقيقا بذكره، لأن المتبادر أن المقصود بهذه المسألة هو بيان حكم اللبن، على ما يرشد إليه قوله: (ولو نفي الولد باللعان تبعه اللبن) ولم أقف فيه على شيء.

والذي يقتضيه النظر أنه يعود أيضاً بالنسبة إليه خاصة، فلو ارتضع من هذا اللبن مرتضع وكان رقيقاً الرضاع المحرم ثم ملكه الملاعن مع اعترافه بالولد المنفي عتق عليه، أخذاً له باقراره.

قوله:(القسم الثاني: السبب، ويحرم منه بالرضاع والمصاهرة والتزويج والزنا وشبهه واللعان والقذف).

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٦١٤.

فهنا فصول:

الفصل الأول: الرضاع، ويحرم به ما يحرم بالنسب فالأُم من الرضاع محرمة.

ولا تختص الام بمرضعة الطفل، بل كل امرأة ارضعتك أو رجع نسب من أرضعتك أو صاحب اللبن اليها، أو ارضعت من يرجع نسبك إليه من ذكر أو انثى فهي أُمك.

فاخت المرضعة خالتك وأخوها خالك، وكذا سائر أحكام النسب.

القسم الثاني من القسمين اللذين هما سبب التحريم المؤبد: السبب، ويحرم منه بسبب الرضاع من سيأتي ذكره في أحكام الرضاع إن شاء الله تعالى.

وكذا بالمصاهرة، وكذا بالتزويج، كزوجة كلّ من الأب والابن بالنسبة إلى الآخر، وكالتي تزوجها في عدتها ونحوها، وينبغي أن يراد بالتزويج هنا العقد والوطء معاً ليعم المعقود عليها الموطوءة، وكذا بالزنا وشبهه وهو اللواط، وكذا باللعان، وكذا بالقذف، وسيأتي إن شاء الله تعالى تعيين من تحرم بهذه الأسباب مجمعاً عليه أو مختلفاً فيه.

واعلم: أن الضمير في قوله: (ويحرم منه) يعود إلى (السبب) ومن هذه ابتدائية، وفاعل يحرم مدلول عليه بسوق الكلام، أي: يحرم منه بهذه الأُمور من سنذكر استناد تحريم نكاحه إلى واحد منها.

قوله:(فهنا فصول: الفصل الأول: الرضاع، ويحرم به ما يحرم بالنسب، فالأُم من الرضاع محرمة، ولا تختص الأُم بمرضعة الطفل، بل كل امرأة أرضعتك، أو رجع نسب من أرضعتك أو صاحب اللبن إليها، أو أرضعت من يرجع نسبك إليه من ذكر أو أُنثى فهي أُمك. فأُخت المرضعة خالتك وأخوها خالك، وكذا سائر أحكام النسب).

. . . .

لما بين أن السبب يحرم منه ما كان بأحد الأمور المذكورة، عقد لبيان المحرمات بهذه الأمور فصولاً ثلاثة: الأول في الرضاع، والثاني في المصاهرة، والثالث في باقي الاسباب.

واعلم: أن الرضاع يحرم منه ما يحرم من النسب، لما روي من[1] طرقنا عن الصادق عليه السلام في الصحيح أنه قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[2] فالأم من الرضاع محرمة، وكذا البنت، وغيرهما من سبق ذكر تحريمه بالنسب.

ولا يختص اسم الأم بمرضعة الطفل، بل كل امرأة أرضعتك على الشرائط الآتية، أو رجع نسب من أرضعتك إليها، وهو أمهات المرضعة وإن علون،أو رجع نسب صاحب اللبن الذي ارتضعت منه إليها، وهو أمهات صاحب اللبن وإن علون، أو أرضعن من يرجع نسبك إليه من ذكر أو أنثى وإن علا، وهي مرضعة أحد أبويك أو أحد أجدادك أو جداتك، فهذه المذكورة في المواضع كلها أمك من الرضاعة.

وحينئذ فأخت المرضعة خالتك وأخوها خالك وأبوها جدك، كما أن ابنها أخ وبنتها أخت، إلى آخر أحكام النسب.

والبنت من الرضاع هي: كل امرأة أرضعت بلبنك، أو بلبن من ولدته، أو أرضعتها امرأة ولدتها، فهي بنتك، وكذا بناتها من النسب والرضاع.

والأخت هي: كل امرأة أرضعتها أمك أو أرضعت بلبن أبيك، وكذا كل امرأة ولدتها المرضعة أو الفحل، أو أرضعت باللبن الذي للفحل الذي أرضعت بلبنه.

والعمات والخالات أخوات الفحل والمرضعة، وأخوات من ولدهما من النسب والرضاع، وكذا كل امرأة أرضعتها واحدة من جداتك، أو أرضعت بلبن واحد من

---

(١) «ش»: لما روي من طرق العامة ان النبي صلّى الله عليه وآله قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وما روي من.

(٢) الكافي ٥: ٤٣٧ حديث ٣، التهذيب ٧: ٢٩٢ حديث ١٢٢٤ و ١٢٢٥.

ولو امتزجت أُخت الرضاع أو النسب بأهل قرية جاز أن ينكح واحدة منهن أو أكثر.

ولو اشتبهت بمحصور العدد عادة حرم الجميع.

أجدادك من النسب والرضاع.

وبنات الأخ وبنات الأُخت بنات أولاد المرضعة والفحل من الرضاع والنسب، وكـذا كل أُنثى أرضعتها أُختك أو أرضعت بلبن أخيك وبناتها وبنات أولادها من الرضاع والنسب بنات أختك وأخيك، وبنات كل ذكر أرضعته أُمك أو أرضع بلبن أبيك وبنات أولاده من الرضاع والنسب بنات أخيك، وبنات كل امرأة أرضعتها أُمك أو أرضعت بلبن أبيك وبنات أولادها من الرضاع والنسب بنات أُختك.

واعلم: أنه قد أُورد على [أن][1] أُخت المرضعة خالة وأخاها خال وسائر ما لم يرد في اللسان العربي إطلاقه، أن المجاز لا يطرد، لامتناع نحله لغير الأنساب.

وجوابه: أن اطلاق الأُم على المرضعة إنما يكون مجازاً مع الاطلاق، أما مع تقييده بالأُم من الرضاعة، فانه اطلاق حقيقي، فيطرد.

قوله:(ولو امتزجت أُخت رضاع أو نسب بأهل قرية جاز أن ينكح واحدة منهن، ولو اشتبهت بمحصور العدد عادة حرم الجميع).

هذه المسـألـة من مكملات هذا البحث، وتحقيقها: أنه إذا اختلطت محرم كالأُخت من الرضاع أو النسب باجنبيات وحصل الاشتباه، فهناك صورتان:

إحداهما: أن يكون الاختلاط بعدد غير محصور في العادة، كنسوة بلدة أو قرية كبيرة، فله نكاح واحدة منهن، إذ لولا ذلك لسد عليه باب النكاح، لأنه لو انتقل إلى بلدة أُخرى لم يؤمن مسافرتها اليها.

ومثله ما إذا اختلط صيد مملوك بصيود مبـاحـة لا تنحصـر، فانـه لا يحرم الاصطياد، وكذا لو تنجس مكان واشتبه بأرض غير محصورة، فانه لا يمنع من الصلاة

---

(١) ما بين المعقوفتين لم يرد في «ش» و«ض» واثبتناه من النسخة الحجرية.

. . . .

على تلك الأرض.

والظاهر أنه لو أمكنه نكاح امرأة لا يتمارى فيها لم يمنع من النكاح من اللواتي يرتاب فيهن، لأن عسر اجتناب غير المحصور أسقط وجوب الاجتناب.

الثانية: أن يكون الاختلاط بعدد محصور في العادة، فيمنع من النكاح هنا، لوجوب اجتناب المحرم، ولا يتم إلّا باجتناب الجميع، ولا عسر في اجتناب العدد المحصور، ولو بادر وعقد على واحدة كان العقد باطلاً، لثبوت المنع من جميعهن، فلو زال اللبس بعد العقد وتبيّن أن المعقود عليها غير المحرم ففي الحكم بصحة النكاح حينئذ تردد، لسبق الحكم ببطلانه، ولأنه وقع مع اعتقاد العاقد عدم صحته.

واعلم: أن في قول المصنف: (ولو اشتبهت بمحصور العدد عادة) اشارة إلى المراد من المحصور وغير المحصور، وفيه أيضا تنقيح لقوله قبله: (باهل قرية) حيث أنه يعلم منه أن المراد قرية لا ينحصر عدد نسائها عادة.

وتوضيحه: أن المراد من عدم الانحصار عسر عدّهن على آحاد الناس، نظراً إلى أن أهل العرف إذا نظروا إلى مثل ذلك العدد أطلقوا عليه أنه ليس بمحصور لكثرته، وإلّا فلو عمد أحد إلى أكبر بلدة ليعد سكانها لأمكنه ذلك.

وقال بعض المحققين: كل عدد لو اجتمعوا على صعيد واحد يعسر على الناظر عدهم بمجرد النظر ـ كالألف والألفين ـ فهو غير محصور، وإن سهل كالعشر والعشرين فهو محصور، وبين الطرفين وسائط يلحق بأحدهما بالظن، وما وقع الشك فيه فالأصل وجوب الاجتناب.

واعلم أيضا: أن قوله: (جاز أن ينكح واحدة منهن) ينبغي أن لا يراد به أنه لا يجوز نكاح ما سوى الواحدة، إذ لا فرق بين الواحدة والمتعددة منهن في عدم المنع، حتى لو نكح وطلق مراراً لم يمنع من النكاح، إلا إذا أفحش، فان فيه تردداً، ولو بقي بعد تكرار النكاح عدد محصور فالمنع قريب، مع احتمال الجواز إلى أن تبقى واحدة،

وتثبت بالرضاع المحرمية كالنسب،فللرجل أن يخلو بأُمه واخته وابنته وغيرهن بالرضاع كالنسب.

ولا يتعلق به التوارث واستحقاق النفقة، وفي العتق قولان. والنظر في الرضاع يتعلق بأركانه، وشروطه، وأحكامه:

استصحاباً لما كان، ولأن الاشتباه في المجموع.

قوله:(وتثبت بالرضاع المحرمية كالنسب، وللرجل أن يخلو بأُمه وأُخته وبنته وغيرهن بالرضاع كالنسب، ولا يتعلق به التوارث واستحقاق النفقة، وفي العتق قولان).

لا ريب أن كل موضع تثبت المحرمية بالنسب تثبت المحرمية بمثل تلك القرابة من الرضاع، فالأم من الرضاع محرم كالأم من النسب، وكذا البنت والأُخت وغيرهن، ومتى تثبت المحرمية بأحد الأمرين ثبت جواز الخلوة، بمعنى: أن ينفرد الرجل بمحرمه من النساء، كأُمه وأُخته وبنته، من غير أن يكون هناك شخص ثالث له تمييز، ولا يجوز ذلك في الأجنبية، لما اشتهر من قوله صلّى الله عليه وآله: «لا يخلون رجل بامرأة فان الشيطان ثالثهما»[1] رواه العامة.

ولا يثبت التوارث بالرضاع اجماعاً، وكذا استحقاق النفقة والولاية والحضانة وتحمل العقل وسقوط القود والمنع من الشهادة والحبس بالدين.

وفي ثبوت العتق اذا ملك أُمه وأُخته من الرضاع ونحوهما ممن ينعتق مثلهن من النسب إذا ملكه قولان، تقدما في البيع، وسيأتي ذكرهما إن شاء الله تعالى في العتق، والأصح الثبوت.

قوله:(والنظر في الرضاع يتعلق بأركانه وشروطه وأحكامه:

---

(١) مسند أحمد ١: ١٨ و ٢٦.

المطلب الأول: في أركانه، وهي ثلاثة:

الأول: المرضعة، وهي كل امرأة حية حامل عن نكاح صحيح أو شبهة، فلا حكم للبن البهيمة، فلو ارتضعا من لبنها لم يحرم أحدهما على الآخر، ولا الرجل ولا الميتة وإن ارتضع واكمل حال الموت باليسير.

ولو در لبن امرأة من غير نكاح لم ينشر حرمة، سواء كانت بكراً أو ذات بعل، صغيرة أو كبيرة.

ولا يشترط وضع الحمل، بل كون اللبن عن الحمل بالنكاح.

ولو ارضعت من لبن الزنا لم ينشر حرمة، أما الشبهة فكالصحيح على الأقوى.

المطلب الاول: في أركانه، وهي ثلاثة:

الأول: المرضعة، وهي كل امرأة حية حامل عن نكاح صحيح أو شبهة، فلا حكم للبن البهيمة، فلو ارتضعا من لبنها لم يحرم أحدهما على الآخر، ولا الرجل ولا الميتة، وإن ارتضع أو كمل حال الموت باليسير، ولو درّ لبن امرأة من غير نكاح لم ينشر حرمة، سواء كانت بكراً أو ذات بعل، صغيرة أو كبيرة، ولا يشترط وضع الحمل، بل كون اللبن عن الحمل بالنكاح، ولو أرضعت من لبن الزنا لم ينشر، أما الشبهة فكالصحيح على الأقوى).

روى الأصحاب عن الباقر عليه السلام أنه قال: «لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة، أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة»[1] وفيه دلالة على

---

(١) التهذيب ٧: ٣١٥ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ٣: ١٩٣ حديث ٦٩٦.

. . . .

أن الرضاع من لبن البهيمة والرجل والخنثى المشكل لا يفيد التحريم، ولا خلاف في ذلك عند الأصحاب.

وعن مالك أن لبن البهيمة يتعلق به التحريم[١]، وذهب بعض الشافعية الى تعلق التحريم بلبن الرجل[٢]، وبعض الآخر إلى أن لبن الخنثى يعرض على القوابل، فان قلن مثل هذا اللبن لا يكون إلّا للنساء لغزارته حكم بأُنوثيته[٣]، وكل ذلك غير معتد به عندنا.

واما اشتراط الحياة في المرضعة، فلظاهر قوله تعالى: ﴿وأُمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾[٤] مع قوله سبحانه: ﴿واحل لكم ما وراء ذلكم﴾[٥] فان الميتة لا تعد مرضعة، فهي مما وراء ذلكم ولأن الأصل الاباحة، فيتمسك به إلى قيام المحرم.

فلو ارتضع طفل من ميتة كمال الرضعات، أو ارتضع المعظم حال الحياة وكمل الباقي بعد الموت لم يتعلق به تحريم، وتردد المحقق في الشرائع[٦] في الحكم، نظراً إلى صدق أسم الرضاع، واستصحاباً للحكم الذي كان ثابتاً حال الحياة، وعدم التحريم أظهر، للمعارضة بأصالة بقاء الحل، والترجيح معنا، لأن المتفاهم من الألفاظ الواردة

---

(١) لم نعثر عليه في المصادر المتوفرة لدينا، بل في المدونة ٢: ٤٦٥ قال سحنون بن سعيد قلت لعبد الرحمن ابن القاسم: أرأيت لو أن صبيين غذيا بلبن بهيمة من البهائم ايكونان أخوين في قول مالك ؟ قال: ما سمعت من مالك منه شيئاً، ولكني أرى ألّا تكون الحرمة في الرضاع إلّا في لبن بنات آدم...

(٢) المجموع ١٨: ٢٢١ و ٢٣، المغني لابن قدامة ٩: ٢٠٦.

(٣) المجموع ١٨: ٢٢١.

(٤) النساء: ٢٣.

(٥) النساء: ٢٤.

(٦) الشرائع ٢: ٢٨٣.

بتحريم الرضاع هو الرضاع من المرأة الحية، فتعين الحمل عليه لرجحانه.

ولا يخفى أن في قول المصنف: (وإن ارتضع أو كمل حال الموت...) مناقشة، وقد كان الأولى أن يقول: وإن كمل حال الموت باليسير، ليكون المعطوف مع إن الوصلية هو الفرد الأخفى، واشتراط كون اللبن عن نكاح باجماع الأصحاب.

وروى يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال: قلت له امرأة درّ لبنها من غير ولادة فأرضعت ذكراناً واناثاً، أيحرم من ذلك ما يحرم من الرضاع؟ فقال لي: «لا»[1].

ويراد بالنكاح هنا الوطء دون العقد، فيندرج فيه الوطء بالعقد دائمًا ومتعة وبالملك وما في معناه، والشبهة صادقة إذا حصلت من الطرفين أو من أحدهما، والتحريم ثابت في حق من ثبت النسب بالاضافة إليه.

وحاول بقوله: (سواء كانت بكراً أو ذات بعل صغيرة أو كبيرة) الرد على الشافعي، حيث قال بأن المحرّم لبن الكبيرة دون الصغيرة[2]، وله قول بأن لبن البكر لا يحرم[3].

وقول المصنف: (ولا يشترط وضع الحمل، بل كون اللبن عن الحمل بالنكاح) ذكر مثله في التذكرة، وحكاه قولاً عن بعض فقهائنا، وحكى عن الشيخ في المبسوط[4] نحوه، ثم حكى أنه قال قبل ذلك ما ينافيه، وأن اللبن الذي ينزل على الأحمال لا حرمة له، وإنما الحرمة لما ينزل على الولادة[5]، ويلوح من التذكرة الميل إليه، حيث

---

(١) الكافي ٥: ٤٤٦ حديث ١٢، الفقيه ٣: ٣٠٨ حديث ١٤٨٤ وفيه عن يونس بن يعقوب، التهذيب ٧: ٣٢٥ حديث ١٣٣٩.

(٢) الوجيز ٢: ١٠٥.

(٣) الوجيز ٢: ١٠٥.

(٤) المبسوط ٥: ٢٩٢ ـ ٢٩٣.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٦١٧.

. . . .

احتج له برواية يعقوب بن شعيب السابقة، فانها تدل على أن اللبن الحاصل من غير ولادة لا يحرم[1]، وصرح بذلك في التحرير حيث قال: ولا من درّ لبنها من غير ولادة[2] وهذا أصح، وقوفاً مع الرواية التي لا معارض لها.

ولا خلاف في أن اللبن الحاصل عن الوطء زناً لا ينشر، لأن الزنا لا حرمة له ولا يلحق به النسب، وفي صحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال سألته عن لبن الفحل؟ فقال: «هو ما ارضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك [ولد][3] امرأة أُخرى فهو حرام»[4]، خص عليه السلام لبن الفحل بما يحصل من امرأته، ولا يكون ذلك إلاّ مع النكاح الصحيح، ولأن اللبن لو درّ عن غير نكاح لم يعتد به، والزنا ساقط لا اعتبار به شرعاً، فاللبن الحاصل في حكم الذي درّ عن غير نكاح.

أما الشبهة فانه كالصحيح على أقوى القولين، وهو اختيار الشيخ[5] وأكثر الأصحاب[6]، لأن قوله تعالى: ﴿وامهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾[7] يتناوله.

وتردد ابن ادريس[8] في ذلك، نظراً إلى أنه ليس وطئاً صحيحاً، وضعفه ظاهر، تمسكاً بظاهر الآية، ولأنه كالصحيح في النسب، واللبن تابع له.

ولو اختصت الشبهة بالرجل أو المرأة فالتحريم بالرضاع إنما هو بالنسبة إلى من يثبت النسب في حقه، لعدم القائل بالفصل، ولأن اللبن تابع للنسب.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) تحرير الاحكام ٢: ٩.

(٣) زيادة من مصادر الحديث.

(٤) الكافي ٥: ٤٤٠ حديث ١، التهذيب ٧: ٣١٩ حديث ١٣٦٠، الاستبصار ٣: ١٩٩ حديث ٧١٩.

(٥) المبسوط ٥: ٢٩١ ـ ٢٩٢.

(٦) منهم المحقق في الشرايع ٢: ٢٨٢، والشهيد في اللمعة: ١٨٨.

(٧) النساء: ٢٣.

(٨) السرائر: ٢٩٣.

ولا يشترط اذن المولى في الرضاع ولا الزوج.

ولو طلق الزوج وهي حامل منه أو مرضعة،فارضعت من لبنه ولداً، نشر الحرمة كما لو كانت تحته.

ولو تزوجت بغيره ودخل الثاني وحملت، ولم يخرج الحولان وارضعت من اللبن الأول، نشر الحرمة من الأول.

أما لو انقطع ثم عاد في وقت يمكن ان يكون للثاني، فهو له دون الأول.

ولو اتصل حتى تضع من الثاني كان ما قبل الوضع للأول، وما بعده للثاني.

قوله:(ولا يشترط اذن المولى في الارضاع ولا الزوج).

أما الزوج فظاهر، لأنه لم يملك الزوجة ولا لبنها وإن كان منسوباً إليه، وغاية ما هناك أنه يلزم من الارضاع ارتكاب محرم بتعطيل بعض حقوق الزوج من الانتفاع بها، وهذا لا ينفي تعلق التحريم بالارضاع.

وكذا القول في الأمة، فان تصرفها في لبنها وإن كان محرما لأنه مال الغير، إلّا أنه لا منافاة بين التحريم وبين كون الارضاع محرماً، واطلاق النصوص يتناول هذا الارضاع.

قوله:(ولو طلق الزوج وهي حامل منه أو مرضع فأرضعت من لبنه ولداً نشر الحرمة كما لو كانت تحته، ولو تزوجت بغيره ودخل الثاني وحملت ولم يخرج الحولان وأرضعت من لبن الأول نشر الحرمة من الأول، أما لو انقطع ثم عاد في وقت يمكن أن يكون للثاني فهو له دون الاول، ولو اتصل حتى تضع من الثاني كان ما قبل الوضع للأول وما بعده للثاني).

إذا طلق الزوج أو مات والزوجة حامل منه فوضعت أو كانت مرضعا فارضعت

. . . .

ولداً، فهناك صور:

أ: أن يكون إرضاعها قبل أن تنكح زوجاً غيره، فاللبن للأول قطعاً، والموت والطلاق لا يقطع نسبة اللبن عنه، ولا فرق بين ان ترضع في العدة أو بعدها، ولا بين أن ينقطع اللبن ثم يعود وعدمه مع حصول باقي الشرائط، لأنه لم يحدث ما يحال اللبن عليه، فهو على استمراره، لكن إن اشترطنا كون الرضاع وولد المرضعة في الحولين اعتبر كون الرضاع قبل مضي حولين من حين الولادة، وإلّا فلا.

ب: أن يكون بعد أن تزوجت ولم تحمل من الثاني، فالحكم كما لو لم تتزوج.

ج: أن يكون بعد الحمل من الثاني وقبل الولادة واللبن بحاله لم ينقطع ولم يحدث فيه زيادة، فهو للأول قطعاً، قال في التذكرة: ولا نعلم فيه خلافاً[1]، ويؤيده العمل بالاستصحاب حيث لم يتجدد ناقل.

د: أن يكون بعد الحمل من الثاني وقبل الوضع وقد تجدد في اللبن زيادة يمكن استنادها إلى الحمل من الثاني، فاللبن للأول، وقد صرح به في التذكرة[2]، استصحاباً لما كان، والحمل لا يزيل الحكم السابق، والزيادة لا أثر لها، لأن اللبن قد يزيد عن غير احبال.

وللشافعي تفصيل، محصّله: أنه إن زاد اللبن بعد أربعين يوماً من الحمل الثاني، فأحد القولين أنه لكل من الزوجين، عملاً بالظاهر، وهو أن بلوغ الحمل المدة المذكورة يستدعي وجود اللبن غالباً، فيكون المتجدد مضافاً إلى السابق، وإلّا فهو للأول[3]، ولا اعتبار بهذا التفصيل عندنا.

هـ: أن ينقطع اللبن انقطاعاً بيّناً، أعني مدة طويلة لا يتخلل مثلها اللبن

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢:٦١٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المجموع ١٨:٢٢٤ ـ ٢٢٦.

. . . .

الواحد غالباً، فلا اعتبار بالانقطاع زماناً يسيراً ثم يعود في وقت يمكن أن يكون للثاني، وذلك بعد مضي أربعين يوماً من الحمل الثاني على ما حكاه المصنف في التذكرة[١] عن العامة، ولم يردّه، فانه يكون للثاني، صرح به الشيخ[٢] والجماعة، لأنه لما انقطع زال حكم الأول، فاذا عاد وقد وجد بسبب يقتضيه وجب احالته عليه، لزوال حكم الأول بالانقطاع، فعوده يحتاج إلى دليل، بخلاف ما إذا لم يتجدد سبب آخر يحال عليه، فانه يكون للأول، لانتفاء ما يقتضي خلافه.

وللعامة في هذا اختلاف على أقوال:

أحدها هذا[٣]، والثاني أنه للأول[٤]، والثالث أنه لهما[٥]، والمختار عندنا الأول.

و: أن يكون بعد الوضع، فهو للثاني قطعاً، ونقل المصنف فيه الاجماع في التذكرة[٦]، وعلى هذا فاذا اتصل اللبن إلى وضع الحمل الثاني، فما قبل الوضع للأول وما بعده للثاني، وتقريبه معلوم مما سبق.

واعلم: أن عبارة الكتاب تضمنت أربع صور من هذه الصور، وهي: الأولى وهو ظاهر، وكل من الثالثة والرابعة مشمولة بقوله: (ولو تزوجت بغيره ودخل الثاني وحملت..) فانه باطلاقه [يتناولها][٧] لكن قوله: (وارضعت من لبن الأول) قاصر عن بيان حكمها، إذ المقصود من هذه المسائل هو بيان كون اللبن للأول أو للثاني، وأما ترتب التحريم بالنسبة إلى صاحب اللبن فليس مقصوداً بهذه المسائل، وقوله: (أما لو

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢:٦١٦.

(٢) المبسوط ٥: ٣١١.

(٣) المجموع ١٨:٢٢٦.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ١١٦.

(٧) في جميع النسخ: يتناولها، والمثبت هو الانسب للسياق.

وتستحب أن تسترضع العاقلة العفيفة المؤمنة الوضيئة.

ولا تسترضع الكافرة، فإن اضطر استرضع الكتابية ومنعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير.

ويكره أن يسلمه إليها لتحمله إلى منزلها، واسترضاع من ولادتها عن زنا، وروي اباحة الأمة منه ليطيب اللبن واسترضاع ولد الزنا، وتتأكد الكراهية في المجوسية.

انقطع...) مبين لحكم السادسة. وقوله: (ولو اتصل...) منقح لحكم الثالثة والرابعة، فان محصّله أن كون اللبن للأول مستمراً إلى وضع الحمل.

قوله: (ويستحب العاقلة المؤمنة العفيفة الوضيئة، ولا تسترضع الكافرة، فان اضطرّ استرضع الكتابية ومنعها من شرب الخمر واكل لحم الخنزير، ويكره أن يسلّمه اليها لتحمله إلى منزلها واسترضاع من ولادتها عن زنا، وروي اباحة الأمة منه ليطيب اللبن واسترضاع ولد الزنا، وتتأكد الكراهية في المجوسية).

افضل ما يرضع به الصبي لبن أمه، لما رواه طلحة بن زيد في الموثق عن الصادق عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: ما من لبن يرضع به الصبي أعظم بركة عليه من لبن أُمه»[١].

ويستحب استرضاع العاقلة المؤمنة العفيفة الوضيئة الحسنة، لما رواه محمد بن مروان عن الباقر عليه السلام قال قال لي: «استرضع لولدك بلبن الحسان، وإياك والقباح، فان اللبن قد يعدي»[٢].

وفي الصحيح عن زرارة عن الباقر عليه السلام قال: «عليكم بالوضاءة من

---

(١) الكافي ٦: ٤٠ حديث ١، الفقيه ٣: ٣٠٥ حديث ١٤٦٥، التهذيب ٨: ١٠٨ حديث ٣٦٥.

(٢) الكافي ٦: ٤٤ حديث ١٢، التهذيب ٨: ١١٠ حديث ٣٧٦.

الظؤرة فان اللبن قد يعدي»[١] ولأن الرضاع مؤثر في الطباع والأخلاق، روي عنه صلّى الله عليه وآله انه قال: «أنا سيد ولد آدم بَيد أني من قريش ونشأت في بني سعد وارتضعت من بني زهرة» ويروى: «أنا أفصح العرب بيد أني من قريش» إلى آخره، وكانت هذه القبائل أفصح العرب، فافتخر بالرضاع كما افتخر بالنسب، وعن الصادق عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: انظروا من ترضع أولادكم فان اللبن يشب عليه»[٢].

ومنه يعلم كراهية استرضاع الكافرة والمجوسية أشد، لقول الصادق عليه السلام: «لا يسترضع للصبي المجوسية، ويسترضع له اليهودية والنصرانية، ولا يشربن الخمر، ويمنعهن من ذلك»[٣].

وقال عليه السلام وقد سئل عن مظائرة المجوسي؟ فقال: «لا ولكن أهل الكتاب»[٤].

والحاصل أنه إذا اضطر استرضع اليهودية والنصرانية،ويمنعها من شرب الخمر.

وهل هو على طريق الوجوب؟ ظاهر الأمر في قول الصادق عليه السلام: «إذا أرضعن لكم فامنعوهن من شرب الخمر»[٥] ذلك، وليس ببعيد، لأن أثره في طباع الولد خبيث، ويتصور المنع اذا كانت المرضعة أمة للمسترضع، أو استأجرها للرضاع وشرط عليها الامتناع من ذلك.

ولا ريب أنه يكره تسليم الولد إليها لتحمله الى منزلها، إذ ليست مأمونة عليه،

---

(١) الكافي ٦:٤٤ حديث ١٣، الفقيه ٣:٣٠٧ حديث ١٤٧٩، التهذيب ٨:١١٠ حديث ٣٧٧، وفي جميع المصادر: «... فان اللبن يعدي».

(٢) الكافي ٦: ٤٤ حديث ١٠ .

(٣) الكافي ٦: ٤٤ حديث ١٤، الفقيه ٣: ٣٠٨ حديث ١٤٨٢، التهذيب ٨: ١١٠ حديث ٣٨٤.

(٤) الكافي ٦: ٤٢ حديث ٢، التهذيب ٨: ١٠٩ حديث ٣٧٢.

(٥) الكافي ٦: ٤٢ حديث ٣.

الركن الثاني: اللبن ويشترط وصول عينه خالصاً إلى المحل من الثدي، فلو احتلب ثم وجر في حلقه، أو أُوصل إلى جوفه بحقنه أو سعوط، أو تقطير في احليل أو جراحة، أو جُبن له فأكله، أو القي في فم الصبي مانع

وكذا يكره استرضاع الحمقاء، وكذا من ولادتها عن زنا، وكذا من كانت بنت زنا، لموثقة عبد الله[1] الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: قلت له امرأة ولدت من الزنا اتخذها ظئراً؟ فقال: «لا تسترضعها ولا ابنتها»[2].

واشار المصنف بقوله: (وروي...) إلى ما رواه اسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام، قال: سألته عن غلام لي وثب على جارية لي فأحبلها فولدت واحتجنا إلى لبنها، فان أحللتُ لهما ما صنعا أيطيب لبنها؟ قال: «نعم»[3].

وروي في الحسن عن هشام بن سالم وجميل بن دراج وسعد بن أبي خلف عن الباقر[4] عليه السلام، في المرأة يكون لها الخادم قد فجرت يحتاج إلى لبنها، قال: «مرها فلتحللها يطيب اللبن»[5]. ولا معارض لها، فان قلنا بها فهل يتعدى الحكم إلى التحليل من المالك ليطيب لبن بنت الزانية وهي المخلوقة من الزنا إذا كانت أُمها أمة[6]؟

قوله: (الركن الثاني: اللبن، ويشترط وصول عينه خالصاً إلى المحل من الثدي ، فلو احتلب ثم وجر في حلقه ، أو أُوصل إلى جوفه بحقنة أو سعوط أو تقطير في احليل أو جراحة أو جبن له فأكله ، أو أُلقي في فم

---

(١) كذا «ش» و«ض» وفي المصادر: عبيد الله، والظاهر هو الصحيح.

(٢) الكافي ٦: ٤٢ حديث ١، التهذيب ٨: ١٠٨ حديث ٣٦٧، الاستبصار ٣: ٣٢١ حديث ١١٤٣.

(٣) الكافي ٦: ٤٣ حديث ٦، التهذيب ٨: ١٠٩ حديث ٣٦٩، الاستبصار ٣: ٣٢٢ حديث ١١٤٥.

(٤) كذا في نسخ جامع المقاصد كافة، لكن في مصادر الحديث وايضاح الفوائد ٣: ٤٥ والجواهر ٣٩: ٣٠٨ وبقية الكتب الفقهية: عن أبي عبد الله (عليه السلام).

(٥) الكافي ٥: ٤٧٠ حديث ١٢ و ٦: ٤٣ حديث ٧، التهذيب ٨: ١٠٩ حديث ٣٧٠، الاستبصار ٣: ٣٢٢ حديث ١١٤٦.

(٦) كذا، ولم يجب عن هذه المسألة المصنف.

فامتزج باللبن حال ارتضاعه حتى يخرجه عن مسمىٰ اللبن لم ينشر حرمة .

الصبي مائع فامتزج باللبن حال ارتضاعه حتى يخرجه عن مسمى اللبن لم ينشر حرمة).

لا خلاف عند أصحابنا في أن المعتبر في الرضاع المحرم وصول عين اللبن خالصاً إلى المحل، فلو جبن له فأكله، أو امتزج بمائع أخرجه عن مسمى اللبن لم ينشر، ويدل عليه ظواهر النصوص [1] التي علق الحكم بالتحريم فيها على اسم الرضاع، فان مثل ذلك لا يسمى رضاعاً، ومثله الايصال إلى جوفه بحقنة أوسعوط أو تقطير في احليل أو جراحة.

واختلفوا في اشتراط الامتصاص من الثدي، فالأكثر [2] على اشتراطه، فلو احتلب اللبن ثم وجر في حلق الرضيع لم ينشر حرمة.

وقال ابن الجنيد ينشر [3]، وهو قول الشيخ في المبسوط [4]، لظاهر قول الصادق عليه السلام في صحيحة جميل بن دراج: «إذا رضع الرجل من لبن امرأة حرم عليه كل شيء من ولدها» [5].

وجوابه: أنا نمنع صدق الرضاع مع الوجور.

والأصح الأول، لقول الصادق عليه السلام: «لا يحرم من الرضاع إلاّ ما ارتضعا من ثدي واحد حولين كاملين» [6].

وظاهر أن المراد به في مدة حولين كاملين، لدلالة النصوص على الاكتفاء بخمس عشرة رضعة، ولقول الباقر عليه السلام: «لا يحرّم الرضاع أقل من رضاع يوم

---

(١) التهذيب ٧:٣١٣ و ٣١٥ حديث ١٢٩٨ و ١٣٠٤ و ١٣٠٦.

(٢) منهم المصنف في المختلف: ٥١٩، والتذكرة ٢: ٦١٨ والمحقق في الشرائع ٢:٢٨٣، وغيرهما.

(٣) المختلف: ٥١٩.

(٤) المبسوط ٥:٢٩٥.

(٥) التهذيب ٧:٣٢٢ حديث ١٣٢٥، الاستبصار ٣: ٢٠١ حديث ٧٢٨.

(٦) الفقيه ٣: ٣٠٧ حديث ١٤٧٦، التهذيب ٧:٣٠٧ حديث ١٣١٠، الاستبصار ٣: ١٩٧ حديث ٧١٣.

الركن الثالث: المحل، وهو معدة الصبي الحي، فلا اعتبار بالايصال إلى معدة الميت، فلو وجر لبن الفحل في معدته لم يصر ابناً ولا زوجته حليلة ابن، ولا بالايصال إلى جوف الكبير بعد الحولين.

وليلة، أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة»[1] وجعل الرضاع المحرم ما كان مبدأه من المرأة، ولأن الأصل الاباحة حتى يثبت المحرم[2].

قوله: (الركن الثالث: المحل، وهومعدة الصبي الحي، فلا اعتبار بالايصال إلى معدة الميت، فلو وجر لبن الفحل في معدته لم يصر ابناً، ولا زوجته حليلة ابن بالايصال إلى جوف الكبير بعد الحولين).

يشترط في وصول اللبن في الرضاع ليثبت التحريم وصوله الى معدة الصبي، فلا اعتبار بوصوله إلى دماغه أو حلقه ـ بغير خلاف عندنا ـ ما لم يبلغ المعدة.

ويشترط بقاؤه فيها، فلو تقيأه في الحال لم يعتد به، وهو مقرّب التذكرة[3]، لعدم صلاحية الاغتذاء[4] به، وانتفاء انبات اللحم وشدّ العظم عنه.

وكذا يشترط كون الصبي حياً، فلو وجر لبن الفحل في معدة الميت لم يتعلق به التحريم، لعدم صدق الرضاع والارتضاع اللذين وردت بهما النصوص، ولا يصير بذلك ابنا للفحل ولا زوجته حليلة ابن، إلى غير ذلك من احكام الرضاع.

وكذا يشترط كون الرضاع في الحولين عند جميع علمائنا، فلو ارتضع بعد الحولين لم ينشر حرمة لما رووه من أن النبي صلّى الله عليه وآله قال: «لا رضاع إلاّ ما كان في حولين»[5] وروى الأصحاب عن الصادق عليه السلام أنه قال: «لا رضاع بعد

---

(١) التهذيب ٧:٣١٥ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ٣: ١٩٣ حديث ٦٩٦.

(٢) في «ش» جاء بعد هذا: لو قاء اللبن في الحال بعد وصوله الى الجوف لم يؤثر، ولو تراخى زمانه فاشكال.

(٣) التذكرة ٢: ٣٧٢.

(٤) في «ش»: الاعتداد.

(٥) سنن البيهقي ٧: ٤٦٢، كنز العمال ٦:٢٧٩ حديث ١٥٧٠٥.

المطلب الثاني: في شرائطه، وهي أربعة:

الأول: الكمية، ويعتبر التقدير بأحد أُمور ثلاثة: أما ما انبت اللحم وشد العظم، أو رضاع يوم وليلة، أو خمس عشرة رضعة، وفي العشر قولان، ولا حكم لما دون.

الثاني: يشترط كمالية الرضعات وتواليها والارتضاع من الثدي،

فطام، قيل له: وما الفطام؟ قال الحولين اللذين قال الله عزوجل»[1] وقال عليه السلام: «الرضاع قبل الحولين قبل أن يفطم»[2] أراد به عليه السلام قبل أن يفطم غالباً.

فرعان: الأول اعتبار الشهور في الحولين بالأهلّة، فلو انكسر الأول أكمل ثلثين من الشهر الخامس والعشرين واعتبر ثلاثة وعشرون هلالاً، ذكره في التذكرة[3]، ويجيء فيه الخلاف المشهور في نظائره.

الثاني: لو خرج بعض الصبي فارتضع قبل انفصاله وأكمل النصاب بعده ففي ثبوت التحريم إشكال.

قوله: (المطلب الثاني: في شرائطه وهي أربعة: الكمية، ويعتبر التقدير بأحد أُمور ثلاثة: إما ما أنبت اللحم وشدّ العظم، أو رضاع يوم وليلة، أو خمس عشرة رضعة، وفي العشر قولان، ولا حكم لما دون العشر، ويشترط كمالية الرضعات وتواليها والارتضاع من الثدي).

قد ذكر أن شرائط الرضاع ليثمر التحريم أربعة، وعدّ ثلاثة:

أ: الكمية، وقد قدرها الأصحاب بأحد أُمور ثلاثة، وهي: ما أنبت اللحم وشدّ

---

(١) الكافي ٥: ٤٤٣ حديث ٣، التهذيب ٧: ٣١٨ حديث ١٣١٣.

(٢) الكافي ٥: ٤٤٣ حديث ١، التهذيب ٧: ٣١٨ حديث ١٣١٢.

(٣) التذكرة ٢: ٦١٩.

. . . .

العظم، أو رضاع يوم وليلة، أو التقدير بالعدد، وهو خمس عشرة رضعة، أو العشر على اختلاف القولين.

والأصل في ذلك ما رووه عن النبي صلّى الله عليه وآله قال: «الرضاع ما أنبت اللحم وشدّ العظم»(١).

وروى الأصحاب عن الصادق عليه السلام أنه قال: «لا يحرم من الرضاع إلّا ما أنبت اللحم وشدّ العظم»(٢).

وسأل عبد الله بن سنان الكاظم عليه السلام قال: قلت له: يحرم من الرضاع الرضعة والرضعتان والثلاث؟ قال: «لا، إلّا ما اشتدّ عليه العظم ونبت اللحم»(٣).

وعن الباقر عليه السلام: «لا يحرم من الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة أو خمس عشرة رضعة» الحديث(٤).

وهنا مباحث:

أ: هذه التقادير الثلاثة أُصول لورود النص بكل منها، وقال في المبسوط: إن الأصل هو العدد والباقيان إنما يعتبران عند عدم انضباطه(٥)، وهو اللائح من عبارة التذكرة حيث قال: الرضاع المحرم ما حصل به احد التقادير الثلاثة: إما رضاع يوم وليلة لمن لم يضبط العدد إلى آخره(٦).

ويمكن أن يقال لو جعل كل واحد من هذه التقديرات أصلاً لزم عدم اعتبار العدد في حصول التحريم، فانه لو فرض حصول رضاع ينبت اللحم ويشد العظم أو

---

(١) سنن أبي داود ٢: ٢٢٢ حديث ٢٠٥٨.

(٢) الكافي ٥: ٤٣٨ حديث ١، التهذيب ٧: ٣١٢ حديث ١٢٩٣، الاستبصار ٣: ١٩٣ حديث ٦٩٨.

(٣) الكافي ٥: ٤٣٨ حديث ٦، التهذيب ٧: ٣١٢ حديث ١٢٩٥، الاستبصار ٣: ١٩٣ حديث ٧٠٠.

(٤) التهذيب ٧: ٣١٥ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ٣: ١٩٢ حديث ٦٩٦.

(٥) المبسوط ٥: ٢٩٢.

(٦) التذكرة ٢: ٦٢٠.

رضاع يوم وليلة ولم يبلغ العدد المذكور، لثبت التحريم بدون ثبوت العدد، فلا يكون العدد معتبراً، وهو باطل، فتعين حينئذ التأليف بالحمل الذي ذكره.

وقد يجاب بامكان التأليف بوجه آخر، وهو أن يحمل اعتبار العدد على ما إذا لم يحصل رضاع يوم وليلة على الوجه المعتبر وتخلل بين الرضعات تراخ استغنى الرضيع فيه بالطعام، فلم يتحقق انبات اللحم وشد العظم، فانه لابد من حصول العدد كله، وليس ببعيد هذا، لأن ظاهر النصوص أنه متى حصل رضاع يوم وليلة تحقق التحريم وإن لم يبلغ العدد، فيكون كل منها أصلاً برأسه.

ب: المراد برضاع يوم وليلة الرضاع الذي تقتضيه العادة في طول اليوم والليلة من غير اعتبار عدد، وأما ما أنبت اللحم وشدّ العظم فان الأصحاب لم يذكروا له حدا يرجع إليه فيه، ويمكن اعتبار الرجوع فيه إلى قول طبيبين[١] عادلين عارفين بذلك، وقد اختلفت الروايات في أن العشر رضعات تنبت اللحم وتشدّ العظم، ففي بعضها أنها تنبت[٢]، وفي بعضها لا[٣].

ج: اختلف الأصحاب في عدد الرضاع المحرّم، فقال ابن الجنيد إن ما وقع عليه اسم الرضعة محرّم[٤]، وقال المفيد[٥] والتقي[٦] وسلار[٧] وابن البراج[٨] وأبو الصلاح[٩]

---

(١) لفظ اطبيبين ما لم يرد «ض».

(٢) التهذيب ٣١٤:٧ و ٣١٥ حديث ١٣٠٢ و ١٣٠٣ و ١٣٠٥، الاستبصار ١٩٤:٣ و ١٩٦ حديث ٧٠٢و ٧٠٣و ٧٠٩.

(٣) التهذيب ٣١٣:٧ حديث ١٢٩٨ و ١٢٩٩، الاستبصار ٣: ١٩٥ حديث ٧٠٤ و ٧٠٥.

(٤)

(٥) المقنعة:٧٧.

(٦) نقله عن التقي العلّامة في المختلف: ٥١٨.

(٧) المراسم: ١٤٩.

(٨) المهذب ٢: ١٩٠.

(٩) الكافي في الفقه: ٢٨٥.

. . . .

وابن حمزة [١] وابن أبي عقيل [٢]: إن العشر محرّمة، واختاره المصنف في المختلف [٣]، لعموم قوله تعالى: ﴿وأُمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ [٤] ونظائره من العمومات، ولصحيحة الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السلام قال: «لا يحرم من الرضاع إلا المحبور» [٥] قال قلت: وما المحبور؟ قال «أُم ظئر تستأجر أو أمة تشترىٰ ثم ترضع عشر رضعات يروى الصبي وينام» [٦] ولأن العشر ينبت اللحم، لصحيحة عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام إلى أن قال: فقلت وما الذي ينبت اللحم والدم؟ فقال: «كان يقال عشر رضعات» [٧].

---

(١) الوسيلة: ٣٥٥.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥١٨.

(٣) المصدر السابق.

(٤) النساء: ٢٣.

(٥) اختلفت المصادر في ضبط هذه الكلمة، ففي نسخة «ض»: المحبور، وفي نسخة «ش» والمختلف: ٥١ وايضاح الفوائد ٣: ٣٦ والوسائل ١٤: ٢٨٥ المخبور، وفي التهذيب ٧: ٣١٥ حديث ١٣٠٥ والاستبصار ٣: ١٩٦ حديث ٧٠٩ والفقيه ٣: ٣٠٧ حديث ١٤٧٤: المجبور، ونقل الطريحي في مجمعه ٣: ٢٤٣ عن شارح الشرايع إنه وجد لفظة المجبور مضبوطة بخط الصدوق بالجيم والباء في كتابه المقنع، وقال الطريحي في مجمعه أيضاً ٣: ٢٥٧: وقد اضطربت النسخ في ذلك ففي بعضها بالحاء المهملة وفي بعضها بالجيم وفي بعضها بالخاء المعجمة ولعله الصواب.

(٦) نقل هذا الحديث بهذا النص العلّامة في المختلف: ٥١٨ وفخر المحققين في الايضاح ٣: ٤٦، وذكره الصدوق في الفقيه ٣: ٣٠٧ حديث ١٤٧٤ من دون ذكر عبارة: ثم ترضع عشر... وذكره الشيخ في التهذيب ٧: ٣١٥ حديث ١٣٠٥ والاستبصار ٣: ١٩٦ حديث ٧٠٩ بهذه اللفظة: عن ابي جعفر «عليه السلام» قال: «لا يحرم من الرضاع إلّا المجبورة او خادم او ظئر ثم يرضع عشر رضعات يروى الصبي وينام».

(٧) الكافي ٥: ٤٣٩ حديث ٩، التهذيب ٧: ٣١٣ حديث ١٢٩٦، الاستبصار ٣: ١٩٤ حديث ٧٠١.

. . . .

وذهب الشيخ في كتبه إلى عدم التحريم إلاّ بخمس عشرة[١]، واختاره ابن ادريس [٢] والمصنف في اكثر كتبه[٣] ونجم الدين بن سعيد[٤] وعامة المتأخرين، وهو الأصح، للأصل والاستصحاب.

ولما رواه زياد بن سوقة، قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: هل للرضاع حد يؤخذ به؟ فقال: «لا يحرّم الرضاع اقل من رضاع يوم وليلة أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينهم رضعة امرأة غيرها» الحديث[٥].

ولصحيحة علي بن رئاب عن الصادق عليه السلام قال قلت: ما يحرم من الرضاع؟ قال: «ما أنبت اللحم وشدّ العظم» قلت: فتحرم عشر رضعات؟ قال: «لا إنها[٦] لا تنبت اللحم ولا تشد العظم عشر رضعات»[٧].

وقريب منه موثقة عبيد بن زرارة عنه عليه السلام[٨]، وموثقة عبد الله بن بكير عنه عليه السلام[٩].

---

(١) المبسوط ٤:٢٠٤ و ٥: ٢٩٢، النهاية: ٤٦١، الخلاف ٣:٨١ مسألة ٣.

(٢) السرائر:٢٩٣.

(٣) منها التذكرة ٢:٦٢٠، والتحرير ٢:٩.

(٤) الشرائع ٢:٢٨٢.

(٥) التهذيب ٧:٣١٥ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ٣:١٩٢ حديث ٦٩٦.

(٦) في التهذيب والاستبصار: لأنها.

(٧) التهذيب ٧:٣١٣ حديث ١٢٩٨، الاستبصار ٣:١٩٥ حديث ٧٠٤.

(٨) التهذيب ٧:٣١٣ حديث ١٢٩٩، الاستبصار ٣:١٩٥ حديث ٧٠٥.

(٩) التهذيب ٧:٣١٣ حديث ١٣٠٠، الاستبصار ٣:١٩٥ حديث ٧٠٦.

فلو ارتضع رضعة ناقصة لم تحسب من العدد، والمرجع في كمالية الرضعة إلى العرف.

وقيل: ان يروي ويصدر من قبل نفسه، فلو لفظ الثدي ثم عاوده، فإن كان قد أعـرض اولاً فهي رضعة وإن كان للتنفس أو الالتفات إلى ملاعب أو الانتقال إلى ثدي آخر كان الجميع رضعة.

وظاهر قوله عليه السلام في الرواية السالفة[1]: «كان يقال» عدم الرضى بذلك، وتمام الحديث أنه سأله هل يحرم بعشر رضعات؟ فقال: «دع ذا» وقال:«ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع» واعراضه عن الجواب يشعر بالتقية.

واعلم أنه يلوح من قول المصنف: (ولا حكم لما دون العشر) بعد قوله: (وفي العشر قولان) أن ما دون العشر لا خلاف فيه عندنا، وكأنه لم يلتفت إلى خلاف ابن الجنيد[2].

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يعتبر في الرضعات ليتحقق العدد قيود ثلاثة: كمالية كل واحدة منها، وتواليها، والارتضاع من الثدي.

أما الكمالية فلعدم صدق الرضعة إذا كانتناقصة،وأما التوالي فلما دل عليه حديث زياد بن سوقة السالف، وأما الارتضاع من الثدي فلما تقدم من أنه لو وجر اللبن بعد احتلابه في حلق الطفل لم يصدق الرضاع ولم يثبت التحريم.

قوله: (فلو ارتضع رضعةناقصةلم يحسب من العدد، والمرجع في كمالية الرضعة إلى العرف، وقيل: أن يروي ويصدر من قبل نفسه، فلو لفظ الثدى ثم عاوده، فان كان قد أعــرض أولاً فهي رضعـة، وإن كان للتنفس أو الالتفات إلى ملاعب أو الانتقال إلى ثدي آخر كان الجميع رضعة، ولو منع

---

(١) وهي رواية عبيد بن زرارة المتقدمة.

(٢) المختلف:٥١٨.

ولو منع قبل استكماله لم تحسب، ولو لم يحصل التوالي لم ينشر، كما لو ارضعت امرأة خمساً كاملة، ثم ارتضع من أُخرى، ثم أكمل من الأُولى العدد لم ينشر، وبطل حكم الأول وان أتحد الفحل.

ولو تناوب عليه عدة نساء لم ينشر ما لم يكمل من واحدة خمس عشرة رضعة كاملة ولاء.

ولو ارتضع من كل واحدة خمس عشرة رضعة كاملة متوالية حرمن كلهن ولا يشترط عدم تخلل المأكول والمشروب بين الرضعات، بل عدم تخلل الرضاع وإن كان أقل من رضعة.

قبل استكماله لم يحتسب، ولو لم يحصل التوالي لم ينشر، كما لو أرضعت امرأة خمساً كاملة ثم ارتضع من أُخرى ثم أكمل من الأُولى العدد لم ينشر وبطل حكم الأول وإن اتحد الفحل، ولو تناوب عليه عدة نساء لم ينشر ما لم يكمل من واحدة خمس عشرة رضعة كاملة ولاء، ولو ارتضع من كل واحدة خمس عشرة رضعة متوالية كاملة حرمن كلهن، ولا يشترط عدم تخلل المأكول والمشروب بين الرضعات، بل عدم تخلل رضاع وإن كان أقل من رضعة).

لا ريب أنه لو ارتضع رضعة ناقصة لم يحتسب من العدد، ولكن لو أكملها احتسب، كما لو التفت إلى ملاعب أو حصل نوم خفيف ثم عاد، ولو طال الزمان كثيرا ففي اعتبار اكمالها نظر، ينشأ: من انتفاء الوحدة عرفاً، ومن أن الفرض حصول القدر الذي يساوي الرضعة الواحدة، ويلوح من تقديرهم الزمان المتخلل بالقليل ـ كما قيد في التذكرة النوم بكونه خفيفاً[1] ونحو ذلك في كلامه هنا وهناك ـ أن تخلل الكثير مانع من الاحتساب.

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٦٢٠.

الثالث: أن يكون الرضاع في الحولين وإن كان بعد فطامه، ويعتبر في المرتضع اجماعاً دون ولد المرضعة على الأقوى.

والمرجع في كمالية الرضعة إلى العرف، إذ الشارع لم يعين لها قدراً مضبوطاً ولم يحدّها بزمان، فدل ذلك على أنه جعل المرجع العرف، كما هو عادته في أمثاله، ولأن الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية، وقيل أن يروي ويصدر عن ري من قبل نفسه، والقولان للشيخ[1]، وهما في المعنى واحد.

وكان المصنف اراد بقوله: (وقيل) حكاية اختلاف العبارة في ضبط الكمالية، إلّا أنه قول مستقل، وينبه عليه أنه في التذكرة قال: إن المرجع في الكمالية إلى العرف، ثم قال: إذا ارتضع الصبي وروى وقطع قطعاً بيّناً باختياره وأعرض إعراض ممتل باللبن كان ذلك رضعة[2]، فجعل العبارتين معاً حد الكمالية.

واما التوالي فيتحقق بأن لا يرتضع من امرأة خلال رضاعه من أُخرى وإن كان لبن كل منهما لفحل واحد عندنا ـ خلافاً لبعض العامة[3] ـ لقول الباقر عليه السلام: «لا يحرّم الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد»[4].

واشار عليه السلام بقوله: «من امرأة واحدة» إلى آخره، إلى تفسير متواليات، فيعلم منه أن تخلل المأكول أو المشروب أو طول الزمان لا يخل بالتوالي.

قولـه: (الثالث: أن يكون الرضاع في الحولين وإن كان بعد فطامه، ويعتبر في المرتضع اجماعاً دون ولد المرضعة على الأقوى.

---

(١) المبسوط ٥:٢٩٤، الخلاف ٣:٨٢ مسألة ٣ وص ٨٣ مسألة ٦ من كتاب الرضاع.

(٢) التذكرة ٢:٦٢٠.

(٣) أُنظر: المجموع ١٨:٢٢٨، المغني لابن قدامة ٩:٢٠٧.

(٤) التهذيب ٧:٣١٥ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ٣:١٩٢ حديث ٦٩٦.

ولو أكمل الأخيرة بعد الحولين لم ينشر، وينشر لو تمت مع تمام الحولين.

ولو اكمل الأخيرة بعد الحولين لم ينشر،وينشر لو تمت مع تمام الحولين).

الشرط الثاني من شرائط الرضاع المحرّم: كون الرضاع واقعاً قبل أن يستكمل المرتضع الحولين، باجماع أصحابنا، وهو قول أكثر اهل العلم، ويدل عليه قوله صلّى الله عليه وآله: «لا رضاع إلّا ما كان في الحولين»[1]. ومن طرقنا قول الصادق عليه السلام: «لا رضاع بعد فطام» قلت: جعلت فداك وما الفطام؟ قال: «الحولين اللذين قال الله عزوجل»[2].

ولا فرق بين أن يفظم قبل الرضاع في الحولين وعدمه، لظاهر النصوص، فلو ارتضع بعد الحولين لم يفدْ تحريماً وإن لم يكن قد فطم، وصرح المصنف وغيره[3] بأنه لو أكمل الرضعة الأخيرة مع تمام الحولين نشر الحرمة، ويدل عليه قوله عليه السلام: «لا رضاع بعد فطام» مع قوله سبحانه: ﴿وأمهاتكم من الرضاعة﴾[4] فان ظاهرهما اعتبار ما لم يكن واقعاً بعد الحولين.

والمعتبر في الحولين الأهلّة كما في سائر الأبواب الفقهية، ولو انكسر الشهر الأول فاحتمالان.

وهذا كلّه في المرتضع، أما ولد المرضعة ـ وهو الذي حصل اللبن من ولادته ـ فهل يشترط كونه في الحولين حين الارتضاع بحيث لا يقع شيء من الرضاع بعد تجاوزه إياهما؟ فيه قولان:

أحدهما: الاشتراط، فلا يحرم الرضاع لو وقع شيء منه بعد استكماله حولين،

---

(١) سنن البيهقي ٧:٤٦٢، كنز العمال ٦:٢٧٩ حديث ١٥٧٠.

(٢) الكافي ٥:٤٤٣ حديث ٣، التهذيب ٧:٣١٨ حديث ١٣١٣.

(٣) كالمحقق في الشرائع ٢:٢٨٤، وفخر المحققين في الايضاح ٣:٤٨.

(٤) النساء: ٢٣.

الرابع: اتحاد الفحل وهو صاحب اللبن، فلو تعدد لم ينشر، كما لو ارضعت بلبن فحل صبياً وبلبن آخر صبيه:لم تحرم الصبية على الصبي.

ولـو ارضعت بلبن فحل واحد مائة حرم بعضهم على بعض، ولو ارضعت منكوحاته وإن كن مائة صغاراً كل واحدة واحداً حرم بعضهم على

وهو قول أبي الصلاح[١] وابن حمزة[٢] وابن زهره[٣]، لظاهر قوله عليه السلام: «لا رضاع بعد فطام» فانه يتناول ولد المرضعة.

والثاني: عدم الاشتراط، وهو مختار ابن ادريس[٤] وجماعة منهم المصنف، لعموم قوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾[٥] والمتبادر من قوله عليه السلام: «لا رضاع بعد فطام» المرتضع دون ولد المرضعة، ولم يصرح الشيخان في ولد المرضعة بالاشتراط ولا بعدمه، وتوقف المصنف في المختلف[٦]، وعدم الاشتراط أقوى[٧]، تمسكاً بأصالة عدم الاشتراط.

قولـه: (الـرابع:اتحاد الفحل،وهو صاحب اللبن،فلو تعدد لم ينشر، كما لو ارضعت بلبن فحلٍ صبياً وبلبن آخـر صبية لم تحرم الصبية على الصبي، ولـو ارضعت بلبن فحلٍ واحدٍ مائة حرم بعضهم على بعض، ولو ارضعت منكوحاته وإن كن مائة صغاراً كل واحدة واحداً حرم بعضهم على

---

(١) الكافي في الفقه:٢٨٥.

(٢) الوسيلة: ٣٥٥.

(٣) الغنية:٥٤٧.

(٤) السرائر: ٢٨٦.

(٥) النساء:٢٣.

(٦) المختلف:٥١٩.

(٧) في «ش»: قوي.

بعض.

ولو ارتضع خمساً من لبن فحل ثم اعتاض بالغذاء وفارقت ونكحت آخر، فأكملت العدد من لبن الثاني ولم يتخلل رضاع أُخرى لم تصر أُماً، ولم تحرم هي ولا أولادها عليه.

بعض، ولو ارتضع خمساً من لبن فحلٍ ثم اعتاض بالغذاء وفارقت ونكحت آخر فأكملت العدد من لبن الثاني ولم يتخلل رضاع أُخرى، لم تصر أُماً ولم تحرم هي ولا أولادها عليه).

لا خلاف بين أصحابنا في أن الرضاع المثمر للتحريم ـ بين رضعتين فصاعداً، المقدّر بأحد الأُمور المذكورة ـ يشترط أن يكون جميعه من لبن فحل واحد وهو الشرط الثالث.

ولا يخفى أن هذا الشرط ليس كالأولين، لأن أصل التحريم لا يثبت بالرضاع في حال من الأحوال بدون الشرطين الأولين، فاذا حصل أحدهما كان وجوده كعدمه، بخلاف هذا الشرط، فانه إنما يعتبر لثبوت التحريم بين المرتضعين لا مطلقا.

فلو ارتضع اثنان من لبن فحل واحد دفعة أو على التراخي ثبتت[1] الأُخوة بينهما، فلو كانا ذكراً وأُنثى حرم كل منهما على الآخر، ولا فرق بين أن يرتضعا معاً من امرأة واحدة أو من منكوحتين لصاحب اللبن بحيث يرتضع أحدهما من احدهما كمال النصاب والآخر من الأُخرى كذلك.

ولو تعددوا فبلغوا مائة وأكثر ـ كالمنكوحات بالمتعة أو بملك اليمين ـ ثبت التحريم بينهم مع رعاية ما قلناه.

ولو تعدد الفحل بحيث ارتضع أحد الصغيرين من امرأة من لبن فحل والآخر منها من لبن فحل آخر فلا أُخوّة ولا تحريم عندنا، لقول الباقر عليه السلام: «لا يحرم

---

(١) في «ش» و «ض»: اختل، والمثبت من النسخة الحجرية وهو الاوفق بالسياق.

المطلب الثالث: في الأحكام.

اذا حصل الرضاع بشرائطه نشر الحرمة، ولو شككنا في العدد فلا تحريم.

من الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد»[١].

وسأل عمّار الساباطي الصادق عليه السلام عن غلام رضع من امرأة، أيحلّ أن يتزوج أُختها لأبيها من الرضاع؟ قال فقال: «لا قد رضعا جميعاً من لبن فحل واحد من امرأة واحدة» قال قلت: يتزوج أُختها من الرضاعة؟ قال: «لا بأس بذلك، إن أُختها التي لم ترضعه كان فحلها غير فحل الذي ارضعت الغلام، فاختلف الفحلان، فلا بأس»[٢].

وذهب أبو علي الطبرسي صاحب مجمع البيان في التفسير إلى التحريم بذلك، لثبوت الأُخوّة من الأم[٣]، وهو نادر، لمخالفته النصوص عن أهل البيت عليهم السلام.

واعلم أن قوله: (ولو ارتضع خمساً...) قد سبق بيانه عند ذكر الشرط الأول، فإعادته تكرار.

قوله: (المطلب الثالث: في الأحكام ، إذا حصل الرضاع بشرائطه نشر الحرمة، ولو شككنا في العدد فلا تحريم.

---

(١) التهذيب ٣١٥:٧ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ١٩٣:٣ حديث ٦٩٦.

(٢) الكافي ٤٤٢:٥ حديث ١٠، التهذيب ٣٢٠:٧ حديث ١٣٢١، الاستبصار ٢٠٠:٣ حديث ٧٢٤.

(٣) مجمع البيان ٢٨:٢.

ولو شككنا في وقوعه بعد الحولين تقابل أصلا البقاء والاباحة، لكن الثاني أرجح.

ولو كان له خمس عشرة مستولدة، فأرضعته كل واحدة رضعة لم تحرم المرضعات ولا الفحل للفصل، ولا يصير الفحل أباً ولا المرضعات أُمهات.

ولو كان بدهلن خمس عشرة بنتاً لم يكن الأب جداً.

ولو شككنا في وقوعه بعد الحولين تقابل أصل البقاء والاباحة، لكن الثاني أرجح، ولو كان له خمس عشرة مستولدة فارضعته كل واحدة رضعة لم تحرم المرضعات ولا الفحل للفصل، ولا يصير أبا ولا المرضعات أُمهات، ولو كان بدهلنّ خمس عشرة بنتاً لم يكن الأب جداً).

لا خلاف في أنه إذا حصل الرضاع بشرائطه المعتبرة فيه نشر الحرمة في الجملة، وسيأتي إن شاء الله تعالى تفاصيل ذلك.

ولو حصل الشك في بلوغ النصاب أو في وصول اللبن إلى الجوف في بعض المرات لم تثبت الحرمة، لأن الأصل عدم المحرم والأصل الاباحة، ولا شك أن الورع يقتضي الاحتراز عنه.

أما لو حصل الشك في وقوع الرضاع في الحولين، فانّ أصل بقاء الحولين مقابل لأصل الاباحة، فان الاباحة كانت ثابتة قبل النكاح، والأصل بقاؤها، وكون المرتضع في الحولين كان ثابتاً قبل الرضاع والأصل البقاء، وتُرجّح الاباحة لوجوه:

أ: أن التقابل والتكافؤ يقتضي التساقط، فينتفي التحريم قطعا لانتفاء سببه، ويلزم من انتفائه ثبوت الاباحة، إذ لا يعقل ارتفاع النقيضين.

ب: أنّ الشك في وقوع الرضاع في الحولين يقتضي الشك في تقدّم الرضاع وتأخّره، والأصل عدم التقدّم.

. . . .

لا يقال: كما أنّ الأصل عدم التقدّم فكذا الأصل عدم التأخّر.

لأنا نقول: هو كذلك إلّا أنّ الأصل حصل بطريق آخر، وهو أنّ التقدّم يقتضي تحقق الرضاع في أزمنة تزيد على أزمنة تأخره، والأصل عدم الزيادة، وإذا وجد هذا الأصل مع أصل الاباحة قوي جانبه فرجّح به.

ج: قوله تعالى: ﴿وأُحلّ لكم ما وراء ذلكم﴾[1] بعد قوله سبحانه: ﴿وأمّهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾[2] فانّ المراد والله أعلم: اللاتي أرضعنكم الرضاع المحكوم شرعاً بوقوعه في الحولين، لأن ذلك شرط قطعاً، وليس محكوماً بكون الرضاع في محلّ النزاع واقعاً في الحولين، لتقابل الأصلين، فيندرج المتنازع في حلّ نكاحها في عموم ما وراء ذلكم، وهو من أبين المرجّحات.

وقد يقال: يرجّح التحريم: بأنه إذا تعارض الناقل والمقرّ رجّح الناقل، لأن التأسيس خير من التأكيد، ولأنه إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام.

وضعفه ظاهر، لأن ترجيح الناقل في النصوص من حيث اشتماله على زيادة لا ينافيها الآخر، أما في الأصلين كما هنا فغير واضح.

وإنما يغلب الحرام على الحلال إذا ثبت التحريم شرعا، كما إذا اشتبهت محرمة بأجنبية، وقد عُلم مما تقدّم أنّه لابدّ من استكمال الرضعات من امرأة واحدة بلبن فحل واحد، فلا حاجة إلى إعادته.

ويلوح من كلام الشارح الفاضل أن قول المصنف: (لكن الثاني أرجح) إشارة إلى خلاف، حيث قال في آخر البحث: والأقوى عندي ما هو الأرجح عند المصنف[3]، والظاهر أنه لا خلاف هنا يعرف، وإنما أراد المصنف بيان دليل المسألة والاشارة إلى تقابل الأصلين وأنّ أحدهما مرجّح على الآخر .

---

(١) النساء: ٢٤.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) إيضاح الفوائد ٣: ٤٩.

والأُصـول في التحريم ثلاثة: المرتضع، والمرضعة، والفحل. فيحرم المرتضع عليهما، وبالعكس.

وتصير المرضعة أُماً والفحل أباً، وآباؤهما أجداداً وامهاتهما جدات، وأولادهما أُخوة واخوات، واخوتهما أخوالاً وأعماماً. فكما حرمت المرضعة على المرتضع حرم عليه أُمهاتها وأخواتها وبناتها من النسب، وكذا أولاد الرضيع أحفاد المرضعة.

وكل من ينسب إلى الفحل من الأولاد ولادة ورضاعاً يحرمون على المرتضع، وبالعكس.

ولا يحرم عليه من ينسب إلى المرضعة بالبنوة رضاعاً من غير لبن هذا الفحل، بل كل من ينسب إليها بالولادة وإن نزل.

قولـه: (والأُصول في التحريم ثلاثة: المرتضع و المرضعة والفحل، فيحرم المرتضع عليهما وبالعكس ، وتصير المرضعة أُمّاً والفحل أباً وآباؤهما اجـداداً وجدات وأولادهما أُخوة وأخوات وأخواتها أخوالاً وأعماماً، فكما حرمت المرضعة على المرتضع حرم عليه أُمهاتها وأخواتها وبناتها من النسب، وكذا أولاد الرضيع أحفاد المرضعة، وكل من ينسب إلى الفحل من الأولاد ولادة ورضاعاً يحرمون على المرتضع وبالعكس ، ولا يحرم عليه من ينسب إلى المرضعة بالبنوّة رضاعاً من غير لبن هذا الفحل، بل كل من ينسب إليها بالولادة وإن نزل).

أراد بقوله: (والأُصول في التحريم ثلاثة) أنّ الذين ثبت لهم التحريم الناشئ عن الرضاع المحرّم بدون واسطة غير ثلاثة ومن عداهم فانها يتعلق بهم التحريم بسبب هذا الرضاع بتوسط واحد من الثلاثة.

. . . .

وتحقيقه: أنه إذا حصل الرضاع المحرّم، فان كان المرتضع ذكراً حرم على المرضعة نكاحه، لأنه ابنها، وإن كان أُنثىٰ حرم على الفحل نكاحها، لأنها بنته، وكما يحرم عليهما نكاح المرتضع، فكذا يحرم عليه نكاحهما، لأن التحريم من الجانبين، وحيث أنّ المرضعة أمّ للمرتضع والفحل أب له فآباؤهما أجداد وجدات قطعاً، وكذا أولادهما أُخوة وأخوات وأخواتها أخوال وأعمام، ضرورة أنّ الأُبوّة والأُمومة يقتضيان ذلك.

إذا تقرر هذا، فكما حرمت المرضعة على المرتضع حرم عليه أُمهاتها وأخواتها وبناتها من النسب.

ولو قال: فكما حرمت المرضعة والفحل على المرتضع حرم عليه أُمهاتهما وأخواتهما وأولادهما، لكان أشمل وأوفق لما تقدّم من كلامه وأخصر، حيث جعل أُصول التحريم ثلاثة: المرتضع والمرضعة والفحل.

ويتعدى التحريم إلى الباقين.

وكأنّه اعتمد على ظهور ذلك، فمال إلى الاختصار بالسكوت عمن يتعدّىٰ التحريم من الفحل إليهم، وكذا سكت عن حكم الرضيعة.

وقوله: (من النسب) يمكن أن يريد اختصاصه بالبنات، لما علم من أن الرضاع لا يفيد التحريم بين المرتضعين إلاّ مع اتحاد صاحب اللبن الذي ارتضعا به، ويمكن أن يريد شموله للأُمّهات والأخوات أيضاً، نظراً إلى أن التحريم لا يكون إلاّ مع اتحاد صاحب اللبن، وهو منتف فيهن، وسيأتي التصريح بذلك في كلام المصنف في عاشر الفروع.

وقوله: (وكذا أولاد الرضيع أحفاد المرضعة) يريد به كما أن المرضعة صارت أُمّاً والفحل أباً، فكذا أولاد المرتضع صاروا أحفاداً، ومن هذا يُعلم أنه لو قال: وكذا أولاد الرضيع أحفاد المرضعة والفحل، لكان أولى.

ولا تحرم المرضعة على أب المرتضع ولا على أخيه.

ويحـرم أولاد الفحـل ولادة ورضاعاً، وأولاد زوجته المرضعة ولادة لارضاعاً على أب المرتضع على رأي،

وقوله: (وكل من ينسب إلى الفحل من الأولاد ولادة ورضاعاً يحرمون على المرتضع وبالعكس، ولا يحرم عليه...) قد سبق بيانه غير مرة، وذكرنا دليل الفرق بين المرضعة والفحل في ذلك وخلاف الطبرسي في ذلك.

قوله: (ولا تحرم المرضعة على أب المرتضع ولا على أخيه،ويحرم أولاد الفحـل ولادة ورضـاعـاً وأولاد زوجته المرضعة ولادة لا رضاعاً على أب المرتضع على رأي).

لا ريب أن المرضعة لا تحرم على أب المرتضع، إذ لا مقتضي لذلك بوجه من الوجوه، فان أُم الولد من النسب ليست حراماً، فكيف من الرضاع، وكذا لا تحرم على أخ المرتضع، لانتفاء المقتضي، وأُم الأخ من النسب إنما حرمت على أخيه لأنها منكوحة الأب، وهذا المعنى منتف هنا.

وأما أولاد الفحل ولادة ورضاعاً، فانّ في تحريمهنّ على أب المرتضع قولين للأصحاب:

أحدهما: ـ واختاره الشيخ في المبسوط[1] ـ عدم التحريم، لأن أُخت الابن من النسب إنما حرمت لكونها بنت الزوج المدخول بها،فتحريمها بسبب الدخول بأُمها، وهذا المعنى منتف هنا، والنبي صلّى الله عليه وآله قال «إنّما يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[2] ولم يقـل يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة، وقال في النهاية[3]

---

(١) المبسوط ٤:٢٠٤ و ٥:٢٩٢.

(٢) الفقيه ٣:٣٠٥ حديث ١٤٦٧، صحيح مسلم ٢:١٠٧٠ حديث ٩ و ١٧، سنن ابن ماجة ١:٦٢٣ حديث ١٩٣٧، مسند أحمد ١:٢٧٥.

(٣) النهاية: ٤٦٢، وفي نسخة «ض»: الخلاف.

. . . .

بالتحريم، وهو ظاهر اختيار ابن ادريس [١]، واختاره المصنف هنا وفي المختلف [٢] والتذكرة [٣] معترفاً فيهما بقوّة كلام الشيخ في المبسوط.

لصحيحة علي بن مهزيار، قال: سأل عيسى بن جعفر أبا جعفر الثاني عليه السلام عن امرأة أرضعت لي صبياً هل يحل لي أن اتزوج بنت زوجها؟ فقال لي: «ما أجود ما سألت، من ها هنا يؤتى أن يقول الناس: حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل، هذا هو لبن الفحل لا غيره» فقلت له: إنّ الجارية ليست بنت المرأة التي أرضعت لي هي بنت زوجها، فقال: «لو كنّ عشراً منفردات ما حلّ لك شيء منهن وكن في موضع بناتك» [٤].

وروى ابن يعقوب في الصحيح عن عبد الله بن جعفر قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أنّ امرأة أرضعت ولداً لرجل هل يحل لذلك الرجل أن يتزوج ابنة هذه المرأة أم لا؟ فوقّع عليه السلام: «لا يحل» .

وروى أيوب بن نوح في الصحيح قال: كتب علي بن شعيب إلى أبي الحسن عليه السلام: امرأة أرضعت بعض ولدي هل يجوز لي أن أتزوج بعض ولدها؟ فكتب: «لا يجوز ذلك، إنّ ولدها صارت بمنزلة ولدك» [٦].

قال المصنف في المختلف بعد إيراد الرواية الأُولى ـ ونعم ما قال ـ: وقول الشيخ في غاية القوة، ولولا هذه الرواية الصحيحة لاعتمدت على قول الشيخ [٧].

---

(١) السرائر: ٢٩٤.

(٢) المختلف: ٥٢٠.

(٣) التذكرة ٢: ٦٢٢.

(٤) الكافي ٥: ٤٤٢ حديث ٨، التهذيب ٧: ٣٢٠ حديث ١٣٢٠، الاستبصار ٣: ١٩٩ حديث ٧٢٣.

(٥) الكافي ٥: ٤٤٧ حديث ١٨.

(٦) الفقيه ٣: ٣٠٦ حديث ١٤٧٠، التهذيب ٧: ٣٢١ حديث ١٣٢٤، الاستبصار ٣: ٢٠١ حديث ٧٢٧.

(٧) المختلف: ٥٢٠.

ولأولاد هذا الأب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح في أولاد المرضعة وأولاد فحلها ولادة ورضاعاً على رأي.

والأصح التحريم، وإنما لم يحرم أولاد المرضعة رضاعاً، لما عرفت من أنّ التحريم بالرضاع مشروط باتحاد الفحل.

قوله: (ولأولاد هذا الأب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح في أولاد المرضعة وأولاد فحلها ولادة ورضاعاً على رأي).

اختلف الأصحاب في أنّ أخ المرتضع وأُخته من النسب هل يحل نكاحهما لأولاد المرضعة وأولاد فحلها سواء كانوا من النسب أم من الرضاع ـ والحال أن الأخ والأُخت لم يرتضعا من لبن هذا الفحل ـ فقال الشيخ في الخلاف: لا يجوز[1]، وكذا قال في النهاية[2]، لأن أُخت الأخ[3] من النسب لا يجوز نكاحها، فكذا من الرضاع، ولأن تعليل التحريم على أب المرتضع في الروايات السالفة ـ بأنهن بمنزلة ولده ـ قائم هنا.

وذهب ابن ادريس [4] وجمع من المتأخرين إلى عدم التحريم، منهم المصنف، لكنه توقف في المختلف[5]، وهو الأصح، فان دليل التحريم ضعيف، فان أُخت الأخ من النسب لا تحرم إلّا على مَن هي أُخت له من الأب أو من الأُم، ولهذا لا تحرم أُخت الأخ مع اختلاف الجهة، كالأخ من الأب إذا كان له أُخت من الأُم، فانها لا تحرم على أخيه، لانتفاء سبب التحريم.

---

(١) الخلاف: كتاب الرضاع، مسألة ١.

(٢) النهاية: ٤٦٢.

(٣) في «ش»: الأب.

(٤) السرائر: ٢٩٤.

(٥) المختلف: ٥٢١.

ولاخوة المرتضع نكاح اخوة المرتضع الآخر اذا تغاير الأب وإن اتحد اللبن.

وكما يمنع الرضاع النكاح سابقاً كذا يبطله لاحقاً، فلو أرضعت أُمه

والتعليل السابق في الروايات لا يقتضي التحريم هنا، لأن منصوص العلة حجّة، بمعنىٰ أنه حيث تثبت تلك العلة يثبت التحريم، والعلة المذكورة هي كونهن بمنزلة أولاد أبي المرتضع، وهذه غير موجودة في محل النزاع، وليس المراد بحجية منصوص العلة أنه حيث ثبتت العلة وما جرىٰ مجراها يثبت الحكم[1].

قوله: (ولاخوة المرتضع نكاح اخوة المرتضع الآخر إذا تغاير الأب وإن اتحد اللبن).

المراد: أنه إذا ارتضع أجنبيان من لبن امرأة ـ سواء كان اللبن كلّه لفحل واحد، أم ارتضع أحدهما بلبن فحل والآخر بلبن فحل آخر ـ صارا أخوين، فلاخوة أحدهما أن ينكحوا في اخوة المرتضع الآخر، لأن هؤلاء ليسوا بمنزلة أولاد صاحب اللبن ولا بمنزلة اخوة المرتضع، وإنما أولئك أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً وأولاد المرضعة ولادة خاصة.

واحترز المصنف بقوله: (إذا تغاير الأب) عما إذا كان أبو كلّ من اخوة أحد المرتضعين هو أبو اخوة المرتضع الآخر، فانه لا يجوز النكاح، وهو ظاهر، وأراد بقوله: (وإن اتحد اللبن) أنّ اللبن الذي ارتضع به كلّ من الصبيين لفحل واحد.

قوله: (وكما يمنع الرضاع النكاح سابقاً كذا يبطله لاحقاً، فلو

---

(١) في «ض»: التحريم.

أو من يحرم النكاح بارضاعه كاختهوزوجتهوزوجة أبيه من لبن الأب زوجته فسد النكاح وعليه نصف المهر.

ولو لم يسمّ فالمتعة ويرجع به على المرضعة إن تولت الارضاع وقصدت الافساد، وإن انفردت المرتضعة به بأن سعت وامتصت من ثديها من غير شعور المرضعة سقط المهر.

أرضعت أُمّه أو من يحرم النكاح بارضاعه كاخته وزوجته وزوجة أبيه من لبن الأب ـ زوجته فسد النكاح وعليه نصف المهر، ولو لم يسم[1] فالمتعة ويرجع به على المرضعة إن تولّت الارضاع وقصدت الافساد، وإن انفردت المرتضعة به بأن سعت وامتصت من غير شعور المرضعة سقط).

لا خلاف في أن الرضاع الذي إذا حصل سابقاً على النكاح يمنعه ـ لأنه يثمر التحريم ـ لو حصل لاحقاً أبطله، فلو أرضعت أُختُه أو زوجتُه أو زوجةُ أبيه من لبن الأب زوجته الرضاع المحرّم فسد النكاح، لأن الزوجة تصير بنت أُخته بارضاع أُخته إياها، وبنت الأُخت من النسب حرام.

وإذا أرضعتها زوجته، فان كان بلبنه صارت بنتاً، وإن كان بلبن غيره، فان كانت المرضعة مدخولاً بها حرمتا معاً،وإلاّ انفسخ النكاح وحرمت المرضعة مؤبداً على ما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى.

وإن ارضعتها زوجة أبيه، فان كان بلبن الأب حرمت مؤبداً، لأنها أُخته، وإلاّ فلا، وكذا القول في زوجة الابن إذا ارضعت بلبن الابن، وسيأتي تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنه يجب على الزوج للرضيعة نصف المهر، أما الوجوب فلأن الفسخ ليس من طرف الزوجة، وأما وجوب النصف خاصة فلأن الفسخ

---

(١) أي: المهر.

. . . .

قبل الدخول يجري مجرى الطلاق.

ويحتمل وجوب الجميع، لأن الأصح ـ على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى ـ أن المهر يجب بالعقد جميعه ويستقر بالدخول، ويتشطّر بالطلاق قبله[١]، ولم يثبت تشطّره بسبب آخر، فيستصحب وجوب جميعه إلى أن يثبت السبب المسقط لشي، وهذا متجه.

هذا كلّه إذا كان قد سمّىٰ مهراً.

ولو لم يسمّ مهراً، بل كانت مفوّضة البضع، وجبت المتعة، إلحاقاً لهذا الفسخ بالطلاق، ويحتمل السقوط كما لو ماتت، ووجوب مهر المثل أو نصفه، لاختصاص المتعة بالطلاق، حيث أن القرآن إنما ورد بها في الطلاق، فلايتعدّىٰ الحكم مورده، والبضع لا يخلو من عوض . وصرح المصنف في التذكرة بوجوب المتعة[٢]، وحكاه عن الشافعي[٣]، ولم يذكر احتمالاً آخر.

ثم يرجع الزوج بما اغترمه على المرضعة المتولية للارضاع إن قصدت الافساد، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[٤]، لأن البضع مضمون كالأموال، لأنه يقابل بمال في النكاح والخلع، ولا يجب على المريض المهر لو نكح بمهر المثل فما دون، وكذا المريضة المختلعة بمهر المثل.

أما إذا لم تقصد الإفساد فانها لا تضمن، لأن السبب مباح، كما لو احتفر بئراً في ملكه فتردّىٰ فيها متردّ، ولأنها محسنة إلى المرتضعة حيث لا يوجد من يرضعها، ﴿ وما على المحسنين من سبيل ﴾[٥].

---

(١) أي: قبل الدخول.

(٢) التذكرة ٢: ٦٢٤.

(٣) المجموع ١٨: ٢٣٠.

(٤) المبسوط ٥: ٢٩٨.

(٥) التوبة: ٩١.

ولو أرضعت كبيرة الزوجتين صغيرتها حرمتا أبداً مع الدخول بالكبيرة، وإلّا الكبيرة، وللكبيرة المهر مع الدخول، وإلّا فلا، وللصغيرة

والذي ينساق إليه النظر عدم الفرق بين الحالتين في الضمان وعدمه، لأن إتلاف الأموال موجب للضمان على كلّ حال، والفرق بين هذا وبين حفر البئر في الملك قائم، إذ لا إتلاف من الحافر أصلاً، على أنّا نقول إن كان الضمان دائراً مع العدوان فيمنع أن إرضاع الصغيرة عدوان في محل النزاع، فإن القصد لا يصيّر ما ليس بعدوان عدواناً، حتىٰ لو حفر في ملكه بئراً ليردي[1] فيها الناس لم يضمن بذلك.

وأطلق الشيخ في الخلاف عدم الضمان على التقديرين[2]، والضمان قريب، وسيأتي إن شاء الله تعالى له مزيد تحقيق.

ولو انفردت المرتضعة بالارتضاع: بأن سعت وامتصت من ثديها من غير شعور المرضعة سقط مهرها، لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول، فكان كالردة قبل الدخول، وهو الذي قوّاه المصنف في التذكرة[3]، وللشافعي وجه بعدم السقوط بذلك وأنها تستحق نصف المسمّىٰ[4].

وتقييد المصنف بقوله (من غير شعور المرضعة) يقتضي أنه مع شعورها لا يسقط، وكأنه نظر إلى إن تخليتها إيّاها لترضع بمنزلة الفعل، وفيه نظر، ولعلّه يريد أنه مع التخلية يكون الفعل مستنداً إليهما، فكل منهما جزء السبب، وهو محتمل.

قوله: (ولو أرضعت كبيرة الزوجين صغيرتها حرمتا أبداً مع الدخول بالكبيرة، وإلّا الكبيرة، وللكبيرة المهر مع الدخول، وإلّا فلا، وللصغيرة

---

(١) في «ض»: فتردّىٰ.

(٢) الخلاف ٣: ٨٤ مسألة ١٦ من كتاب الرضاع.

(٣) التذكرة ٢: ٦٢٣.

(٤) المجموع ١٨: ٢٣١.

النصف أو الجميع على اشكال، ويرجع به على الكبيرة مع التفرد بالارضاع.

النصف أو الجميع على إشكال، ويرجع به على الكبيرة مع التفرد بالارضاع).

إذا كان لشخص زوجتان إحديها كبيرة والأُخرى صغيرة في محل الرضاع، فأرضعت الكبيرة الصغيرة الرضاع المحرّم، فان كان قد دخل بالكبيرة حرمتا أبداً، أما الكبيرة فلأنها أُم الزوجة، وأما الصغيرة فلأنها بنت الزوجة المدخول بها، وهذا إذا لم يكن الرضاع من لبنه، فان كان من لبنه حرمتا مؤبداً وإن لم يدخل، لأن الصغيرة قد صارت بنتاً له، ولا خلاف في ذلك كله.

إذا تقرر ذلك فلا ريب أن الكبيرة تستحق المهر المسمّىٰ إن كان قد دخل بها، لا ستقراره بالدخول،فلا يسقط بسبب طارئ،وإن لم يكن قد دخل بها فلا شيء لها، لأن الفسخ من جهتها، فكان كالردة.

ولقائل أن يقول: إن كان التسبب الى فسخ النكاح بالارضاع موجب لاستحقاق الرجوع على المرضعة بالمهر، فليكن موجباً للرجوع عليها بمهرها بعد الدخول، لأنها تسبب إلى فسخ نكاحها، كما إذا طلّق الزوجة بعد الدخول طلقة واحدة وراجعها وادّعىٰ وقوع الرجعة في العدة، وأنكرت وحلفت فنكحت زوجاً آخر، ثم كذّبت نفسها في اليمين وصدّقت الزوج، لم يقبل قولها على الثاني، ورجع الأول عليها بمهر المثل وإن كان قد وطأها.

وأُجيب عنه بالفرق: بأن الغرم هنا للحيلولة بينه وبين البضع المستحق له، لأنها زوجة، بخلاف المتنازع، فان الزوجية زالت بالفسخ المترتب على الرضاع، وهذا الجواب غير دافع لأصل السؤال.

هذا حكم الكبيرة واما الصغيرة، فانّ في استحقاقها المسمّى أو نصفه إشكالاً، ينشأ: من أنه فراق قبل الدخول فينتصف به المهر كالطلاق، ومن أنّ الجميع وجب بالعقد فيستصحب حكمه، ولم يثبت شرعاً سقوط النصف إلّا في الطلاق، والإلحاق

ولو أرضعت الكبيرة الصغائر حرمن جمع إن دخل بالكبيرة، وإلاّ الكبيرة.

ولو أرضعت الصغيرة زوجتاه على التعاقب فالأقرب تحريم الجميع؛ لأن الأخيرة صارت أُم من كانت زوجته إن كان قد دخل باحدى الكبيرتين، وإلاّ حرمت الكبيرتان مؤبداً وانفسخ عقد الصغيرة.

ولا فرق بين الرضاع قبل الطلاق لها أو لأحداهما، أو بعده.

وينفسخ نكاح الجميع للجمع والمؤبد على ما فصل.

به قياس، وهذا قويّ.

نعم على القول بأنّ المهر يستقر بالعقد والنصف الآخر بالدخول أو بالموت، وجوب النصف خاصة متّجه، ومهما غرمه الزوج للصغيرة مهراً ـ سواء المسمّىٰ أو نصفه ـ يرجع به على الكبيرة مع التفرد بالارضاع ، بشرط قصدها إلى الافساد على القول باشتراطه، ومطلقاً على القول بالعدم، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله:(ولو ارضعت الكبيرة الصغائر حرمن جمع إن دخل بالكبيرة، وإلّا الكبيرة).

هذا أيضاً إذا لم يكن اللبن له، وإلّا حرمن مؤبداً جميعاً مع الدخول وعدمه، ولا يخفىٰ أنه إذا كان اللبن لغيره ولم يكن دخل بالكبيرة انفسخ نكاح الصغائر أيضاً وحرمن على الجميع لانهن أخوات، وسيأتي لذلك مزيد تحقيق إن شاء الله تعالى.

قوله:(ولو أرضعت الصغيرة زوجتاه على التعاقب فالأقرب تحريم الجميع، لأن الأخيرة صارت أُم مَن كانت زوجته، إن كان قد دخل بإحدىٰ الكبيرتين، وإلّا حرمت الكبيرتان مؤبداً وانفسخ عقد الصغيرة، ولا فرق بين الرضاع قبل الطلاق لها أو لأحدهما أو بعده، وينفسخ نكاح الجميع للجمع والمؤبد على ما فصّل).

. . . .

لا نزاع في تحريم المرضعة الأولى وكذا الصغيرة إن كان قد دخل بإحدى الكبيرتين، ونقل الشارح الفاضل فيه الاجماع[١]، وينبه عليه أنّ المرضعة أم الزوجة والصغيرة بنت زوجة مدخول بها، سواء كانت المدخول بها هي الأولى أم الثانية، وإنما النزاع في تحريم المرضعة الثانية.

وبالتحريم قال ابن ادريس [٢] وجمع من المتأخرين كأبي القاسم بن سعيد[٣] والمصنف، وهو المختار، ووجهه ما ذكره المصنف: من أنها أُمّ مَن كانت زوجته ومن كانت زوجته فاسم الزوجة صادق عليها، لانه لا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه على ما قرر في الأصول، فيندرج في عموم قوله تعالى: ﴿وأُمهات نسائكم﴾[٤].

وقال الشيخ في النهاية[٥] وابن الجنيد[٦]: لا يحرم، لما رواه علي بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام قال قيل له: إن رجلاً تزوج بجارية صغيرة، فارضعتها زوجته ثم أرضعتها امرأة أُخرى، إلى قوله فقال عليه السلام: «حرمت عليه الجارية وامرأته التي أرضعتها أوّلاً، أما الأخيرة لم تحرم عليه»[٧] والمستمسك ضعيف، لأن سند الرواية غير معلوم، فلا يعارض حجة الأولين.

اذا عرفت ذلك فاعلم: أنه لا فرق في التحريم المذكور بين كون الرضاع المذكور قبل الطلاق للزوجتين الكبيرتين أو بعد طلاقهما أو طلاق إحديهما، لأن الطلاق لا ينفي كون المطلقة زوجة.

---

(١) ايضاح الفوائد ٣:٥٢.

(٢) السرائر:٢٩٤.

(٣) الشرائع ٢:٢٨٦.

(٤) النساء:٢٧.

(٥) النهاية: ٤٥٦.

(٦) كما عنه في المختلف:٥٢١.

(٧) الكافي ٥:٤٤٦ حديث ١٣.

ولو أرضعت أمته الموطوءة زوجته حرمتا عليه ، وعليه المهر أو نصفه، ولا رجوع إلّا أن تكون مكاتبة. ولو كانت موطوءةبالعقد تبعت به على اشكال.

نعم لو طلق الكبيرتين ولم يدخل بهما ثم ارضعتا الصغيرة بلبن غيره حرمتا مؤبداً، وتبقىٰ زوجيّة الصغيرة بحالها.

والمراد بقول المصنف: (وينفسخ نكاح الجميع للجمع) ما إذا كان الارضاع قبل طلاق الكبيرتين أو إحديها، إذ لا يتصور الجمع بعد طلاقهما.

قوله: (والمؤبّد على ما فصّل).

المراد به: تحريم الكبيرتين مطلقاً والصغيرة مع الدخول باحديها، كما علم في السابق غير مرة.

وقوله أول البحث: (ولو ارضعت الصغيرة زوجتاه على التعاقب) لا يخفىٰ أنه لا يتصور ارضاعهما إياها ـ عندنا ـ الرضاع المحرم إلّا على التعاقب، وعند الشافعي[1] أنه يتصور الارضاع دفعة: بأن يحلب لبنها ويخلط ويوجره الصغيرة، ولعل المصنف حاول بالتقييد بكونه على التعاقب الرد عليه.

قوله: (ولو ارضعت امته الموطوءة زوجته حرمتا وعليه المهر أو نصفه، ولا رجوع إلّا أن تكون مكاتبة، ولو كانت موطوءة بالعقد تبعت به على اشكال).

أي: لو كانت له أمة فأرضعت زوجته الصغيرة الرضاع المحرم بلبن غيره، فان الامة إن كانت موطوءه حرمت كل منهما عليه، أما الأمة فلأنها أُم الزوجة، وأما الصغيرة فلأنها بنت مدخول بها.

ثم نقول: يجب للصغيرة جميع المهر المسمّىٰ أو نصفه علىاختلاف الوجهين،

---

(١) المجموع ١٨: ٢٣٣.

ويحتمـل قوياً عدم التحريم بالمصاهرة، فلأب المرتضع النكاح في أولاد صاحب اللبن، وأن يتـزوج بأم المـرضعة نسباً، وبأخت زوجته من الرضاع، وأن ينكح الأخ من الرضاع أم أخيه نسباً، وبالعكس.

والحرمة التي انتشرت من المرتضع إلى المرضعة وفحلها، بمعنى أنه صار كابن النسب لهما، والتي انتشرت منهما إليه موقوفة عليه وعلى نسله،

وقد سبق بيانها، وأنّ المتجه وجوب الجميع، ولا رجوع له على الأمة بحال، لأن السيد لا يثبت له على مملوكته مال إلّا أن تكون مكاتبة مطلقة أو مشروطة، لانقطاع سلطنة المولى عن المكاتب وصيرورته بحيث ثبت له عليه مال.

ولو لم تكن الأمة موطوءة أصلاً فالنكاح بحاله، وتحريم الامة مؤبداً، لأنها أم الزوجة، ولو كان اللبن للمولى حرمتا مؤبداً قطعاً، لأن الصغيرة صارت بنته والأمة أم الزوجة.

ولو كانت الأمة موطوءة بالعقد تبعت بالمهر الذي غرمه للصغيرة، الجميع أو النصف، على الاشكال السابق: في أنّ المرضعة يرجع عليها بما اغترمه مهراً أو عدمه، نظراً إلى أن البضع كالأموال فيضمن قيمته، أو لا فلا ضمان.

فان قلنـا بالضـمان رجع وتبعت به الأمة المرضعة إذا أُعتقت، كما في سائر الإتـلافـات المالية، واعتبار القصد إلى الافساد وعدمه هنا كباقي النظائر، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله: (ويحتمل قوياً عدم التحريم بالمصاهرة، فلأب المرتضع النكاح في أولاد صاحب اللبن، وأن يتزوج بأم المرضعة نسباً وبأخت زوجته من الرضاع، وأن ينكح الأخ من الرضاع أم أخته نسباً وبالعكس، والحرمة التي انتشرت من المرتضع إلى المرضعة وفحلها ـ بمعنى: أنه صار كابن النسب لهما ـ والتي انتشرت منهما إليه موقوفة عليه وعلى نسله، دون من هو في طبقته

دون من هو في طبقتــه من أُخــوته وأخواته، أو أعلى منه كآبائه وأُمهاته، فللفحل نكاح أُم المرتضع واخته وجدته.

من أُخوته وأخواته، أو أعلى منه كآبائه وأُمهاته، فللفحل نكاح أُم المرتضع وأُخته وجدته).

لا خلاف بين أهل الاسلام في أنّ الرضاع يقتضي تحريم النكاح إذا حدث به علاقة مثلها تقتضي التحريم في النسب، كالأُبوة والأُمومة والأُخوة والعمومة والخؤولة، فمتى صار رجل أباً لامرأة بالرضاع حرمت عليه كما يحرم عليها كبنت النسب، ثم يتعدّىٰ التحريم إلى نسلها وأُصول صاحب اللبن وأُخوته وأعمامه واخواله. لأن ثبوت البنتية[1] شرعاً يقتضي كونهم أعماماً وأخوالاً لها، فيحرمون عليها بالدلائل الدالة على تحريم الأعـمام والأخـوال، ولظاهر قوله عليه السلام: «الرضاع لحمة كلحمة النسب» على ما سبق ذكره.

ولو كان المرتضع ذكراً حرم على المرضعة وحرمت عليه كما في الأُنثىٰ بالنسبة إلى الفحل، وكما يتعدّىٰ التحريم إلى أقرباء المرضعة والفحل والمرتضع الذي يحرم مثلهم في النسب، كذا يتعدّىٰ إلى تحريم المصاهرة الدائرة مع تلك العلاقة، فيحرم على كلّ من الفحل والمرتضع حليلة الآخر، لأن حليلة المرتضع حليلة ابن وحليلة الفحل حليلة أب، لأن الأُبوة والبنوّة قد ثبت كلّ منهما، وتحريم حليلة كلّ من الأب والابن على الآخر بالنص [2] والاجماع.

وهذه المصاهرة ليست ناشئة عن الرضاع، بل عن النكاح الصحيح، وإنما الناشئ عن الرضاع هو البنوّة. فلمّا تحققت لزم الحكم الناشئ عن النكاح، وهو كون

---

(١) كذا في «ش» و «ض» وفي النسخة الحجرية: النسب.

(٢) النساء: ٢٢ و٢٣.

. . . .

منكوحته حليلة ابن.

ومثله الأُمومة إذا ثبتت للبنت، فانه يحرم على من دخل بالمرضعة التزويج بالبنت، كما يحرم على من عقد على البنت التزوج بالمرضعة.

وكذا الأجنبية، فاذا ارتضعت بنتان من لبن فحل واحد حرم على من نكح احديها أن يجمع إليها الأُخرى قطعاً، لأنها أُختان، كما يحرم الجمع بين الأُختين من النسب.

والحاصل أنه متىٰ ثبت بالرضاع علاقة مثل علاقة النسب ـ ومثل تلك العلاقة في النسب يتعلق به التحريم ـ لحق بتلك العلاقة جميع الأحكام الجارية على نظائرها من النسب، سواء تعلقت بنسب أو مصاهرة.

وهذه الأحكام لا خلاف فيها بين أهل الاسلام، على ما يشهد به كلام القوم من الخاصة والعامة، وظواهر الكتاب والسنة تتناول كل ذلك، مثل قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾[1]، وقوله سبحانه:﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾[2] وإنّما قيده بكونهم للصلب ليدفع ما كانوا يعتقدونه من أنّ المتبنّى ابن، كما دلّ عليه قوله تعالى: ﴿لكيلا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم﴾[3].

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن المصاهرة التي احتمل المصنف قوياً عدم التحريم بها هي الأمر الحادث بالرضاع، نظير المصاهرة الحاصلة بالنكاح، مثل كون المرأة أُمّاً للزوجة، فانّ هذا الوصف يتحقق بنكاح بنت امرأة، فيثبت به التحريم.

فاذا ارتضع طفل رضاعاً محرماً، فانّ المرأة المرضعة صارت بمنزلة الزوجة لأب المرتضع كأُم ابنه من النسب، فأمّها بمنزلة أُم الزوجة، وأُختها بمنزلة أُخت الزوجة،

---

(١) النساء:٢٢.

(٢) النساء:٢٣.

(٣) الأحزاب:٣٧.

وبنتها بمنزلة بنت الزوجة، والأخ من الرضاع أُمه من النسب بمنزلة زوجة الأب، وكذا القول في أُم المرتضع من النسب بالاضافة إلى أولاد صاحب اللبن، وكذا أُخته بالاضافة إليهم وإلى أبيهم.

وجملة القول في ذلك: أنّ علاقة المصاهرة إذا حدث نظيرها بالرضاع[١] لا يوجب تحريماً، فان سبقت[٢] النكاح لم تمنعه وإن لحقته لم تقطعه، للأصل والاستصحاب، ولعموم قوله تعالى: ﴿وأُحِلّ لكم ما وراء ذلكم﴾[٣] بعد تعداد المحرمات في الآية الشريفة إلّا ما خرج بدليل، ولظاهر قوله صلّى الله عليه وآله: «الرضاع لحمة كلحمة النسب» ولم يقل: كلحمة المصاهرة.

وقد اختلف الأصحاب من ذلك في مسائل:

أ: تحريم أولاد صاحب اللبن على أب المرتضع، وتحريم أُخوة المرتضع على صاحب اللبن[٤].

ب: تحريم أُخوة المرتضع الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن على أولاد الفحل.

ج: تحريم أُم المرضعة على أب المرتضع، ويجئ مثله في تحريم أُم[٥] المرتضع على الفحل.

والأصح عدم التحريم إلّا في الأُولى، لورود الروايات الصحيحة فيها بالتحريم[٦]، وما عداها فلا دليل عليه، والروايات لا تنهض حجة عليه، كما سبق

(١) لفظ بالرضاع لم يرد في «ش» و «ض» وأثبتناه من النسخة الحجرية.

(٢) أي: المصاهرة.

(٣) النساء:٢٤.

(٤) في «ض»: أولاد صاحب اللبن.

(٥) في «ض»: أُم أُم.

(٦) أُنظر: الكافي ٥:٤٤٨ حديث ١٨ و ٤٤١ حديث ٨، الفقيه ٣:٣٠٦ حديث ١٤٧١ وحديث ١٤٧٠، التهذيب ٧:٣٢٠ حديث ١٣٢٠، الاستبصار ٣:١٩٩ حديث ٧٢٣.

. . . .

تحقيقه في الكلام على المسألة الثانية من هذه المسائل.

وقد قال الشيخ في المبسوط: يجوز للفحل أن يتزوج بأُم المرتضع وأُخته وجدته، ويجوز لوالد هذا المرتضع أن يتزوج بالتي أرضعته، لأنه لمّا جاز أن يتزوج أُم ولده من النسبفبأن يجوز أن يتزوج أُم ولده من الرضاع أولى[1].

قالوا: اليس لا يجوز له أن يتزوج أُم أُم ولده من النسب ويجوز أن يتزوج بأُم أُم ولده من الرضاع، فكيف جاز ذلك وقد قلتم: إنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

قلنا: أُم أُم ولده من النسب ما حرمت بالنسب بل بالمصاهرة قبل وجود النسب، والنبي صلّى الله عليه وآله انما قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[2] ولم يقل: يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة[3].

وقريب منه ذكر المصنف في التذكرة[4]، وإن كان في آخر البحث مال إلى العمل بالروايات لصحتها.

ونحن نقول بذلك، لكنّا لا نتعدّىٰ موردها وموضع العلّة المنصوصة.

وقد شاهدنا بعض من عاصرناه يروي عن بعض الأصحاب: أنّ المرأة إذا أرضعت ابن أخيها تحرم على زوجها صاحب اللبن، لأنها عمة ابنه، وهي بمنزلة أُخته، ونحو ذلك.

وهذا من الأوهام الفاسدة قطعاً، لأن هذه ليست بينها وبين زوجها بسبب الرضاع علاقة نسب ولا علاقة مصاهرة، لأن المحرّم صيرورتها أُختاً ونحو ذلك، أما

---

(١) كذا، وفي المصدر: فانه يجوز أن يتزوج أُم ولده من الرضاع.

(٢) الفقيه ٣: ٣٠٥ حديث ١٤٦٧، سنن ابن ماجة ٦٢٣/١ حديث ١٩٣٧.

(٣) المبسوط ٥: ٣٠٥.

(٤) التذكرة ٢: ٦٢٢ ـ ٦٢٣.

. . . .

صيرورتها كالأُخت فلا دليل يدل عليه.

ولو تخيل متخيل أنّ التعليل في الروايات لتحريم أولاد الفحل على أب المرتضع: بأنهم بمنزلة أولاده، يشعر بأنّ من كان بمنزلة إحدىٰ المحرمات نسباً يحرم، فتحرم المرأة إذا صارت بمنزلة الأُخت والعمة والخالة.

لقلنا: إنّ هذا من الخيالات الفاسدة والأوهام الباطلة، لأنّ الذي يعتبر العلّة المنصوصة ويحكم بتعديتها، إنما يعتبر نفس المعلّل به، فيرتب عليه الحكم إن وجد، لا على ما شابهه.

ولا شك أنّ هذا من المجازفات في الدين، والعدول عن صريح الكتاب والسنة والدلائل القاطعة عند أهل الشرع، مثل الاستصحاب إلى القول بالرأي من غير دليل ولا إثارة علم.

وقد أفردنا لهذه المسألة رسالة حسنة تسمّىٰ الرضاعية، من أراد تحقيقها فليطالع تلك الرسالة.

ثم ارجع إلى العبارة واعلم أن قول المصنف: (فلأب المرتضع...) يلوح منه الرجوع عمّا اختاره في هذه المسألة سابقاً، والتحريم هنا أقوىٰ.

وقوله: (وبأُخت زوجته من الرضاع) قيل عليه: إنّ أُخت الزوجة حرام، سواء كانت الأُختية من النسب أم من الرضاع بلا خلاف، وسيأتي تحريرها في كلام المصنف في الفروع في غير موضع.

قلنا: هذا صحيح، لكن الظاهر أنّ المصنف يريد بذلك: أنّ الزوجة من الرضاع لا تحرم أُختها، فالجار متعلق بمحذوف، على أنه مع المجرور حال من الزوجة أو صفة لها، لا أنه حال أو صفة من الأُخت، وهذا صحيح.

وربما نزّلت العبارة على أنّ الضمير في (زوجته) يعود إلى الفحل، والمعنىٰ: أنّه يجوز لأب المرتضع أن يتزوج أُخت زوجة الفحل.

فروع:

الأول: لو زوّج أُم ولده بعبد أو بحر، ثم ارضعته من لبنه، حرمت عليها.

الثاني: لو فسخت نكاح الصغير لعيب أو لعتقها، ثم تزوجت وارضعته بلبن الثاني، حرمت عليها. وكذا لو تزوجت بالكبير أولاً، ثم طلقها، ثم تزوجت بالصغير، ثم ارضعته من لبنه.

وهذا صحيح أيضاً في نفسه، إلا أنه بعيد عن العبارة جداً، لا يفهم منها بحال.

وقوله: (فللفحل نكاح أُم المرتضع واخته وجدته).

لاشبهة في جواز نكاح أُم المرتضع، لأنها كزوجته، إنّما الكلام في تحريم أُخته وجدته، وقد أسلفنا أنّ أُخته من النسب حرام على الفحل دون جدته منه.

قوله: (فروع أ: لوزوّج أُم ولده بعبد أو بحر ثم أرضعته من لبنه حرمت عليها).

الحكم واضح، فانّها بالنسبة إلى المرتضع أُم وبالنسبة إلى المولى زوجة ابنه من الرضاع، ولا يخفىٰ أنّ الملك بحاله.

قوله: (ب: لو فسخت نكاح الصغير لعيب أو لعتقها ثم تزوجت وأرضعته بلبن الثاني حرمت عليها، وكذا لو تزوجت بالكبير أولاً ثم طلقها ثم تزوجت بالصغير ثم أرضعته من لبنه).

إذا تزوجت بالصغير: بأن عقد عليها وليّه الاجباري ثم فارقته بالفسخ لعيبه أو لحدوث عتقها، ثم تزوجت آخر وأرضعت الصغير بلبن الثاني الرضاع المحرم، حرمت عليها، أما الصغير فلأنه ابنها من الرضاع، وأما الكبير فلأنها حليلة ابنه من

الثالث: لو أرضعت زوجته الكبيرة زوجتيه الصغيرتين بلبن غيره دفعة، بأن أعطت كل واحدة ثدياً من الرضعة الأخيرة، انفسخ عقد الجميع، وحرمت الكبيرة مؤبداً، والصغيرتان إن كان قد دخل بالكبيرة،فإن ارضعت زوجة ثالثة حرمت مؤبداً إن كان قد دخل بالكبيرة، وإلّا بقيت زوجته من غير فسخ.

ولو أرضعت واحدة ثم الباقيتين دفعة حرمن جمع إن كان قد دخل بالكبيرة، وإلّا فسد نكاح الصغائر، وله العقد على من شاء.

الرضاع،والكلام في المهر على ما سبق، لأنّ الدخول يوجب استقراره على ما سبق.

ولو تزوجت بالكبير أولاً ثم طلقها ثم تزوجت بالصغير ثم أرضعته بلبن الأول الرضاع المحرم، فالحكم كذلك أيضاً.

قوله: (ج: لو أرضعت زوجته الكبيرة زوجتيه الصغيرتين بلبن غيره دفعة ـ بأن أعطت كلّ واحدة ثدياً من الرضعة الأخيرة ـ انفسخ عقد الجميع، وحرمت الكبيرة مؤبداً والصغيرتان إن كان دخل بالكبيرة، فان أرضعت زوجة ثالثة حرمت مؤبداً إن كان قد دخل بالكبيرة، وإلّا بقيت زوجته من غير فسخ، ولو أرضعت واحدة ثم الباقيتين دفعة حرمن جمع إن كان قد دخل بالكبيرة، وإلّا فسخ نكاح الصغائر وله العقد على من شاء).

إذا كان له أربع زوجات واحدة كبيرة وثلاث صغائر، فحكمُ ما إذا أرضعت الكبيرة واحدة منهن عُلم ممّا مضىٰ، وبقي حكم ما إذا أرضعت اثنتين أوالثلاث، فهناك صور خمس، فانّ إرضاع الاثنتين إمّا دفعة أو على التعاقب، وكذا إرضاع الثلاث، إلّا أنّ إرضاعهن جميعاً دفعة من الكبيرة لا يتصور، بل إمّا أن ترضع اثنتين ثم واحدة أو بالعكس، فان أرضعت اثنتين دفعة الرضاع المحرم بلبن غيره ـ واحترز به عمّا إذا كان

. . . .

الرضاع بلبنه ـ فانّ التحريم مؤبداً للجميع على كلّ حال.

وقد فسّر المصنف الدفعة: باعطائها كلّ واحدة ثدياً من الرضعة الأخيرة، واعتبر الرضعة الأخيرة لأنها التي بها يتحقق تمام النصاب، ويترتب على الرضاع التحريم، فلا عبرة بالتقارب بالابتداء[1] أو تقدّم بعض، وكان عليه أن يعتبر مع ذلك أن ترويا من الأخيرة دفعة ليتحقق ما ذكره، فلو سبقت إحديها سبق تحريمها.

إذا تقرر ذلك، فانه مع تحقق الدفعة ينفسخ نكاح الجميع، وهنّ الصغيرتان والكبيرة، لتحقق الجمع بين الاُم وبنتها في النكاح، وهو ممتنع،ولا أولوية، ولم يبق إلاّ الفسخ، وتحرم الكبيرة مؤبداً لأنها اُمّ الزوجة، والصغيرتان إن كان دخل بالكبيرة، وإلاّ عقد على مَن شاء منها، لأنهما اختان.

والكلام في المهر على ما سبق.

وإن أرضعتهما على التعاقب انفسخ نكاح الاُولى مع الكبيرة، وبقي نكاح الثانية إن لم يدخل بالكبيرة، لانتفاء الجمع المحرّم، ولا تحل له الاُولى، إلاّ إذا فارق هذه، وحكم هذه معلوم من قوله فيما بعد: (وإن لم يكن دخل انفسخ نكاح الاُولى...).

ولو أرضعت الثالثة بعد إرضاع الاُولتين دفعة، وهي الصورة الثالثة، فتحرم الجميع مؤبداً إن كان قد دخل بالكبيرة، وإلاّ بقي نكاح الأخيرة من غير فسخ، لانتفاء الجمع المحرّم المقتضي للفسخ حيث انفسخ نكاح الكبيرة مع الصغيرتين المرتضعتين أولاً.

ولو انعكس الفرض، وهو الصورة الرابعة، بأن أرضعت واحدة من الصغائر ثم اثنتين دفعة، فلا بحث في تحريم الجميع مع الدخول بالكبيرة، وبدونه ينفسخ نكاح الكبيرة والصغيرة الاُولى، للجمع بين الاُم وبنتها في النكاح، ثم ينفسخ نكاح

---

(١) في «ض»: بالتفاوت في الابتداء.

ولو أرضعتهن على التعاقب، فإن كان قد دخل حرمن مؤبداً، وإن لم يكن دخل انفسخ نكاح الأُولى دون الثانية؛ لأن الكبرى قد بانت فلم يكن جامعاً بينها وبين بنتها.

فإذا أرضعت الثالثة احتمل فساد نكاحها خاصة؛ لأن الجمع بين الأُختين تم بها فاختصت بالفساد، كما لو تزوج بأُخت امرأته وفساد نكاحها مع الثانية؛لأن عند كمال رضاعها صارتا اختين فانفسخ نكاحهما، كما لو كان ارضاعهما دفعة.

الصغيرتين الأخيرتين، لأنهما صارتا أُختين، فيمتنع الجمع بينهما في النكاح، ولا أولوية، فينفسخ نكاحهما معاً[1]، ويتخير في العقد على من شاء من الصغائر.

والكلام في المهر وقدره وثبوت الرجوع على المرضعة على ما سبق تفصيله.

قوله: (ولو ارضعتهن على التعاقب، فان كان قد دخل حرمن مؤبداً، وان لم يكن دخل انفسخ نكاح الأُولىٰ دون الثانية، لأن الكبرىٰ قد بانت، فلم يكن جامعا بينها وبين بنتها، فاذا أرضعت الثالثة احتمل فساد نكاحها خاصة ـ لأن الجمع بين الأُختين تمّ بها، فاختصت بالفساد، كما لو تزوج بأُخت امرأته ـ وفساد نكاحها مع الثانية، لأن عند كمال رضاعها صارتا أُختين فانفسخ نكاحهما، كما لو كان ارضاعهما دفعة).

هذه هي الصورة الخامسة، وتحقيقها: أنّ الزوجة الكبيرة إذا أرضعت الزوجات الصغائر على التعاقب، أي: واحدة ثم أُخرى ثم ثالثة، فمع الدخول بالكبيرة يحرم الجميع مؤبداً، وبدونه ينفسخ نكاح الكبيرة مع الأُولىٰ عند تمام إرضاعها للجمع المحرّم، فاذا أرضعت الثانية لم ينشأ محذور،لانتفاء الجمع بين الأُم وبنتها في النكاح.

---

(١) في «ض»: دفعة.

الرابع: لو أرضعت أمته زوجته بلبن غيره حرمت الأمة مؤبداً ولم يزل ملكها، وكذا الزوجة إن كان قد وطأ الأمة، وإلّا فهي على الزوجية من غير فسخ ولا تحريم .

فاذا أرضعت الثالثة، ففي الحكم احتمالان:

أحدهما: انفساخ نكاح الثالثة فقط دون الثانية، لأن الجمع بين الأُختين تمّ بها، فاختصت بفساد النكاح، كما لو تزوج بأُخت امرأته، فانّ نكاح الأُخت مخصوص بالبطلان دون نكاح الزوجة، والفرق قائم، فانّ نكاح الأُخت لم يسبق صحته، والمانع منه موجود، وهو استلزامه حصول الجمع المحرّم، بخلاف ما هنا، فانّ نكاح كلّ قد سبقت صحته، وبحدوث الأُختية تحقق الجمع بين الأُختين في النكاح الصحيح، ولاأولوية لواحدة على الأُخرى.

الثاني: الحكم بانفساخ النكاحين معاً، لأنّ عند كمال إرضاعها صارتا أُختين، فانفسخ نكاحها، إذ لا أولوية لأحديها على الأُخرى في حصول السبب المقتضي لبطلان النكاح بالنسبة اليها، فهو كما لو كان إرضاعها دفعة. وينبه على هذا أمران:

الأول: أن المعلول الموجود عند الجزء الأخير من العلّة لا يستند إلى ذلك الجزء على انفراده، وإلّا لكان ما فرض جزء علّة علّة تامة، وهو باطل.

الثاني: أنّ الأُخوة والأُختية من الأُمور الاضافية، فلا يثبت من أحد الجانبين إلّا مع ثبوتها من الجانب الآخر، فاذا ترتب عليها حكم لم يختص بأحد الجانبين، لأنّ الاشتراك في مقتضى الحكم يقتضي الاشتراك فيه، ومعلوم أنّ معنى الأُختية يثبت للجانبين على حدّ سواء عند كمال الارضاع.

والأصح انفساخ النكاحين.

قوله: (د: لو أرضعت أمته زوجته بلبن غيره حرمت الأمة مؤبداً ولم يزل ملكها، وكذا الزوجة إن كان قد وطأ الأمة، وإلّا فهي على الزوجية من غير فسخ ولا تحريم).

الخامس: لو أرضعت ثلاث بنات زوجته ثلاث زوجاته، كل واحدة زوجة دفعة، حرمن جمع إن كان قد دخل بالكبيرة، وإلاّ الكبيرة، وانفسخ عقد الصغائر، وله تجديده جمعاً، لانهن بنات خالات، ولكل صغيرة نصف مهـرها، ويرجع به الزوج على مرضعتها، وللكبيرة المهر، ويرجع به على البنات بالسوية.

ولو ارتضعن بأنفسهن بالاستقلال فلا ضمان، وفي تضمين الصغار مهر الكبيرة نظر.

ولو ارضعن على التعاقب تعلّق بالأُولى مهر الكبيرة، أو نصفه ونصف مهر الصغيرة.

احترز بكون اللبن لغيره عما إذا كان اللبن له، فانها تحرمان مؤبداً وان لم يكن قد وطأ الامة، ووجه عدم زوال ملك الأمة في الصورة التي فرضها ظاهر، فانّ أُم الزوجة لا يمنع ملكها وإن حرم وطأها، وظاهر أنه إذا لم يكن قد وطأ الأمة لا تحرم الزوجة بارضاع الأمة إياها، إذ لا تحرم على الشخص بنت مملوكته التي لم يطأها لا عيناً ولا جمعاً، فلا تحريم حينئذ ولا فسخ.

قوله: (هـ: لو أرضعت ثلاث بنات زوجته ثلاث زوجاته كلّ واحدة زوجة دفعة، حرمن جمع إن كان قد دخل بالكبيرة، وإلاّ الكبيرة، وانفسخ عقد الصغائر، وله تجديده جميعاً، لأنهن بنات خالات، ولكلّ صغيرة نصف مهـرها، ويرجع به الزوج على مرضعتها، وللكبيرة المهر، ويرجع به على البنات بالسوية، ولو ارتضعن بأنفسهنّ بالاستقلال فلا ضمان، وفي تضمين الصغائر مهر الكبيرة نظر، وإن ارضعن على التعاقب، تعلّق بالأُولى مهر الكبيرة أو نصفه ونصف الصغيرة.

وعلى كل من الباقيتين نصف مهر من ارضعتها مع الدخول، وإلاّ فلا رجوع؛ لبقاء النكاح بحاله، فإن نكاح الكبيرة قد زال قبل الارضاع، فلا جمع.

وعلى كل من الباقيتين نصف مهر من أرضعتهامع الدخول، وإلاّ فلارجوع، لبقاء النكاح بحاله، فانّ نكاح الكبيرة قد زال قبل الارضاع، فلا جمع).

لو كان له زوجة كبيرة وثلاث صغائر وللكبيرة ثلاث بنات مراضع، فأرضعت كلّ واحدة منهنّ صغيرة من الثلاث الرضاع المحرّم، فان كان قد دخل بالكبيرة حرمن جمع مؤبداً، سواء رضعن معاً أم على الترتيب، لأن الكبيرة جدّة نسائه، والصغائر بنات بنات زوجه المدخول بها.

وإن لم يكن قد دخل بها، حرمت الكبيرة مؤبداً وانفسخ عقد الصغائر جميعاً إن كان ارتضاعهن دفعة واحدة: بأن حصل الاقتران في آخر الرضعة الأخيرة، لثبوت الجمع بين الأم وبنات بناتها في النكاح، ثم يجدّد نكاحهن إن أراد جمعاً، لأنهن بنات خالات.

وهذا إذا لم يكن اللبن لفحل واحد، فلو كان: بأن تزوج شخص الأولى ثم فارقها وهي ذات لبن منه وهكذا صنع في الثانية، ثم تزوج الثالثة وصارت ذات لبن منه، فانهن إذا أرضعن الصغائر بهذا اللبن حرمن جمعاً، لأنهن أخوات حينئذ.

ولو كان الارضاع لهن على التعاقب، حرمت الكبيرة مؤبداً وانفسخ نكاح أُولى الصغائر خاصة، للجمع بينها وبين جدتها، ثم يجدد نكاحها إن شاء، وأما نكاح الباقيتين فانه باق بحاله، وهذا بشرط عدم الدخول بالكبيرة، وكون لبن كل بنت لفحل[1].

---

(١) في «ض»: وكون اللبن لبنت كل فحل، وفي «ش»:وكون لبن بنت فحل،والمثبت من النسخة الحجرية.

. . . .

ولو أرضعت اثنتان دفعة واحدة[1] انفسخ نكاح الأُولتين خاصة، ثم يجدد نكاحهما إن شاء، ولو ارتضعن بأنفسهن دفعة أو على التعاقب فالكلام في التحريم والانفساخ على ما سبق.

وأما الكلام في المهر، فانّ لكلّ صغيرة نصف مهرها المسمّىٰ أو جميعه على الخلاف السابق، وقد بينّا ما هو الأرجح، ويرجع الزوج على مرضعتها، إما مطلقاً أو مع قصدها إلى إفساد النكاح على ما فيه، وفيه الخلاف السابق من أنه لا رجوع أصلاً، وقد بينّا ذلك، فلا حاجة إلى إعادته.

وللكبيرة المهر مع الدخول، وبدونه فيه الخلاف السابق، ويرجع به الزوج على البنات الثلاث بالسوية إن لم يكن دخل بها، أما مع الدخول فلا رجوع، على ما صرح به المصنف في التذكرة[2] وغيرها ، لا ستقراره بالدخول، وقد أطلق الرجوع به هنا، وكأنه اكتفىٰ بما يدل عليه ظاهر كلامه السابق فيما لو أرضعت كبيرة الزوجتين صغيرتها، فانه قال هناك: (وللكبيرة المهر مع الدخول، وإلاّ فلا) ولم يذكر رجوعاً، وذكر الرجوع في مهر الصغيرة.

ولو ارتضعن بأنفسهن: بأن سعين إلى البنات وهنّ نائمات فارتضعن الرضاع المحرّم، فلا مهر لهنّ، لأنّ الفرقة قبل الدخول من جهتين ، فكانت كالردّة، لكن في تضمينهنّ مهر الكبيرة نظر، ينشأ من التردد في أنّ التسبب إلى فسخ النكاح بفعل مقتضيه هل يوجب غرم المهر أم لا، وأنّ قصد الافساد هل هو شرط الرجوع أم لا، والتضمين قوي، لأن البضع متقوّم، فهو في حكم الأموال، والاتلاف موجب للضمان في الصغيرة والكبيرة.

---

(١) في النسخة الحجرية: ثم واحدة.

(٢) التذكرة ٢: ٦٢٦ ـ ٦٢٧.

السادس: لو أرضعت أُم الكبيرة أو جدتها أو اختها على اشكال فيهـا الصغـيرة ولم يدخـل انفسخ النكاح؛ لأن المرضعة إن كانت الأُم فالكبيرة اخت، وإن كانت الأُخت فخالة، وإن كانت الجدة فالصغيرة خالة.

فان قلنا به استوين في الرجوع عليهن بمهر الكبيرة مع الارتضاع دفعة، وإلاّ فعلى الأُولى إن تعاقبن، وإلاّ فعلى الأُولتين.

ولـو كان إرضاع البنات إياهن على التعاقب تعلّق بالأُولى مهر الكبيرة أو نصفه، وذلك مع الدخول وعدمه، بناء على أنه ينتصف قبل الدخول، وكذا يتعلّق بها نصف مهر الصغيرة، وعلى كلّ من البنتين الباقيتين نصف مهر الصغيرة، وعلى كلّ من البنتين الباقيتين نصف مهر الصغيرة التي أرضعتها إن كان قد دخل بالأُم ـ وهذا إذا قلنـا: بأنّ المهر ينتصف بالفسخ بالرضاع قبل الدخول ـ وإن لم يكن دخل بالأُم فالنكاح صحيح بحاله، لأنّ نكاح الكبيرة قد انفسخ قبل ذلك، فانتفى الجمع المحرم.

واعلم: أن تقييد المصنف أوّل البحث بكون الرضاع لجميع الزوجات دفعة، إنما يحتاج إليه اذا كان الرضاع قبل الدخول بالكبيرة، لاختلاف الحكم، أمّا بعده فلا تفاوت.

قوله: (و: لو أرضعت أُمّ الكبيرة أو جدتها أو أُختها ـ على إشكال فيهـا ـ الصغـيرة ولم يدخل انفسخ النكاح، لأنّ المرضعة إن كانت الأُم فالكبيرة أُخت، وإن كانت الأُخت فخالة، وإن كانت الجدة فالصغيرة خالة).

لو كان له زوجتـان كبـيرة ورضعية، فأرضعت أُم الكبيرة الصغيرة الرضاع المحـرم انفسـخ النكـاح، لأنها صارتا أُختين، ولو أرضعت جدة الكبيرة أو أُختها الصغيرة، ففي انفساخ النكاح هنا إشكال.

السابع: لو تزوج كل من الاثنين زوجة صاحبه، ثم أرضعت احداهما الأُخرى، حرمت الكبيرة عليهما مؤبداً، والصغيرة على من دخل بالكبيرة، وكذا لو تزوجتا بواحد ثم بآخر.

ينشأ: من أنّ المرضعة إن كانت الجدة للأم صارت الصغيرة خالة للكبيرة، وإن كانت جدة للأب كانت الصغيرة عَمة، وإن كانت الأُخت صارت الكبيرة خالة للصغيرة، والجمع بين العمّة وبنت الأخ والخالة وبنت الأُخت في النكاح منهيّ عنه، لقوله عليه السلام: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها»[1].

ومن أنّ هذه النسبة بمجردها غير مانعة من النكاح، فانّه لو أذنت العمة أو الخالة، أو تقدّم عقد بنت الأخ أو بنت الأُخت ورضيت العمة والخالة جاز الجمع، ولم يقم دليل على عدم جواز الجمع هنا، فيستصحب النكاح السابق.

والتحقيق أن يقال: إنّ الجمع بين العمّة وبنت أخيها، وبين الخالة وبنت أُختها في النكاح بغير رضا العمة والخالة ممنوع منه، ولهذا لو عقد أحد الوكيلين على بنت الأخ والوكيل الآخر على عمتها في زمان واحد، لم يقع كلّ من النكاحين صحيحاً ماضياً ولا واحدُ منها بدون الآخر، لانتفاء المرجّح، بل يقعان موقوفين، وكذا لو تزوّجهما في عقد واحد، وعلى هذا فيكون الرضاع المحدث بهذه النسبة موجباً لاجتماعهما في النكاح، وهو منهيّ عنه بدون الإذن، والفرض انتفاؤه.

قوله: (ز: لو تزوج كلّ من الاثنين زوجة صاحبه ثم أرضعت إحديهما الأُخرى، حرمت الكبيرة عليهما مؤبداً والصغيرة على من دخل بالكبيرة، وكذا لو تزوجت بواحد ثم بآخر).

---

(١) الكافي ٥:٤٢٤ حديث ٢.

الثامن: لو أرضعت جدة الصغيرين أحدهما انفسخ النكاح؛ لأن المرتضع إن كان هو الزوج، فهو إما عم زوجته أو خالها، وإن كانت الزوجة فهي إما عمة أو خالة لزوجها.

لو كان لاثنين زوجتان إحديهما مرضعة والأُخرىٰ رضيعة، ففارق كلٌ منهما زوجته وتزوجها الآخر، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة بلبن ثالث، حرمت الكبيرة عليهما مؤبداً، والصغيرة على من دخل بالكبيرة.

أما تحريم الكبيرة عليهما مؤبداً، فلأنها أُمّ زوجتهما، إلاّ أنه لا خلاف في تحريمها على من الصغيرة الآن زوجته، إنّما الخلاف في تحريمها على من كانت الصغيرة زوجته، وقد سبق تحقيقه.

وأما الصغيرة، فانها بالاضافة إليهما بنت الزوجة، ولا تحرم بنت الزوجة إلاّ مع الدخول بأُمها.

ولو لم يكن الارضاع بلبن ثالث لحرمتا على صاحب اللبن مؤبداً وان لم يدخل بالكبيرة، والكلام في المهر على ما سبق.

ولو أنّ أحدهما تزوج بالكبيرة ثم فارقها، فتزوجها آخر، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة بلبن ثالث، لكان الحكم كذلك أيضاً.

قوله: (ح: لو أرضعت جدّة الصغيرين أحدهما انفسخ النكاح، لأن المرتضع إن كان هو الزوج فهو إما عمّ زوجته أو خال، وان كانت الزوجة فهي إمّا عمة أو خالة لزوجها).

المراد: أنه إذا زوج رضيع برضيعة ولهما معاً جدّة من قبل الأم أو من قبل الأب، كأم أُم أُمها أو أُم أُم أبيها، ثم أرضعت أحدهما الجدة المذكورة، فانّ النكاح ينفسخ، لأن المرتضع إن كان هو الزوج والجدة للأب فهو عم زوجته، وإن كانت الجدة للأم

التاسع: لو أرضعت من لبن الزوج بعد موته نشر الحرمة إلى أقاربه.

العاشر: لا تحرم أم المرضعة من الرضاع على المرتضع، ولا أُختها منه، ولا عمتها منه، ولا خالتها، ولا بنات أُختها، ولا بنات أخيها وإن حرمن بالنسب؛ لعدم اتحاد الفحل.

ولو أرضعت ذات الابن ذات الأُخت لم تحرم الأُخت على الابن.

فهو خال زوجته، وإن كان المرتضع هو الزوجة فهي إما عمة زوجها إن كانت المرضعة جدّة الأب، وإلاّ فخالته.

قوله: (ط: لو أرضعت من لبن الزوج بعد موته نشر الحرمة إلى أقاربه).

لأن كون اللبن له لا يزول بالموت، ولاستصحاب ما كان قبل الموت، والتمسك بعمومات الكتاب والسنة المتناولة لهذا الرضاع مع انتفاء المعارض.

قوله: (ي: لا تحرم أُم المرضعة من الرضاع على المرتضع ولا أُختها منه ولا عمتها منه ولا خالتها ولا بنات أُختها وإن حرمن بالنسب، لعدم اتحاد الفحل، ولو أرضعت ذات الابن ذات الأُخت لم تحرم الأُخت على الابن).

أطبق الأصحاب على أنّ حرمة الرضاع لا يثبت بين مرتضعين إلاّ إذا كان اللبن لفحل واحد، وقد حققنا هذا فيما تقدّم، وأوردنا النص الوارد بذلك، وحكينا خلاف الطبرسي.

فعلى هذا لو كان لمن ارضعت صبياً أُم من الرضاع لم تحرم تلك الأُم على الصبي، لأن نسبتها إليه بالجدودة إنما تتحصل من رضاعة من مرضعته ورضاع مرضعته منها،

. . . .

ومعلوم أنّ اللبن في الرضاعين ليس لفحل واحد، فلا تثبت الجدودة بين المرتضع والأم المذكورة، لانتفاء الشرط، فينتفي التحريم.

ومن هذا يعلم أن أُختها من الرضاع وعمّتها منه وخالتها منه لا يحرمن وإن حرمن بالنسب، لما قلناه من عدم اتحاد الفحل، ولو كان المرتضع أُنثىٰ لم يحرم عليه أبو المرضعة من الرضاعة ولا أخوها منه ولا عمّها منه ولا خالها منه، لمثل ما قلناه.

قيل: عمـوم قوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[1] يقتضي التحـريم هنـا، وأيضاً فانّهم قد أطلقوا على مرضعة المرضعة أنّها أم، وعلى المرتضعة بلبن أبي المرضعة أنها أُخت، فتكون الأُولى جدّة والثانية خالة، فيندرجان في عموم التحريم للجدة والخالة، وكذا البواقي.

قلنا: الدال على اعتبار اتحاد الفحل خاص، فلا حجّة في العام حينئذ، وأمّا الاطلاق المذكور فلا اعتبار به مع فقد الشرط، فانّهم أطلقوا على المرتضع أنه ابن للمرتضعة وعلى المرتضعة منها بلبن فحل آخر أنها بنت لها أيضاً، ولم يحكموا بالأُخوة المثمرة للتحريم بين الابن والبنت، لعدم اتحاد الفحل.

وفي قول المصنف: (ولا بنـات أُختها) مع قوله: (وإن حرمن بالنسب) مناقشة، لأن بنات أُخت المرضعة من النسب لا يحرمن، لأنهن بنات خالة، فقوله: (ولا بنات أُختها) من سهو القلم، وبعض النسخ خالية منه.

وقوله: (ولو أرضعت ذات الابن ذات الأُخت...) هو بعينه ما مرّ من قوله: (ولأولاد هذا الأب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح في أولاد المرضعة) وقد يفرق بينهما: بأنّ الأُخت ربما كانت أُختاً للمرضعة من أُمها، فلا يتناولها قوله:(ولأولاد هذا الأب).

---

(١) الفقيه ٣: ٣٠٥ حديث ١٤٦٧، سنن ابن ماجة ١: ٦٢٣ حديث ١٩٣٧.

الحادي عشر: حرمة الرضاع تنشر إلى المحرمات بالمصاهرة، فليس للرجل نكاح حلائل آبائه من الرضاع، ولا حلائل ابنائه منه، ولا أُمهات نسائه ولا بناتهن منه.

قوله: (يا: حرمة الرضاع ينشر إلى المحرمات بالمصاهرة، فليس للرجل نكاح حلائل آبائه من الرضاع ولا حلائل أبنائه منه ولا أُمهات نسائه ولا بناتهن منه).

المراد من هذا: أنه إذا ثبت بالرضاع نسبة البنوة بين المرتضع وصاحب اللبن تبعها أحكام المصاهرة الثابتة بالنكاح، فاذا كان لصاحب اللبن زوجة غير المرضعة أو موطوءة بملك اليمين، فهي حليلة أب تحرم، لاندراجها في عموم قوله تعالى: ﴿**ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء**﴾[1]، وكذا القول في حليلة المرتضع بالنسبة إلى الفحل.

ومثله أُخت المنكوحة من الرضاع معها، لاندراجها في قوله سبحانه: ﴿**وأن تجمعوا بين الأُختين**﴾[2]، ومثله بنت أخ الزوجة وبنت أُختها إذا كانتا من الرضاع مع العمة والخالة إذا لم تأذنا، وقد حقّقنا ذلك فيما سبق قبل الفروع.

وفي الحواشي المنسوبة الى شيخنا الشهيد: أن هذا رجوع عما سلف من قوله: (ويحتمل قوياً عدم التحريم بالمصاهرة).

وليس كذلك جزماً، وكلّ من لاحظ ما حقّقناه كمال الملاحظة لم يشك في أنه ليس كذلك.

---

(١) النساء:٢٢.

(٢) النساء:٢٣.

الثاني عشر: لو أرضعت من يفسد النكاح بارضاعه جاهلة بالزوجية، أو للخوف عليها من التلف، ولم تقصد الافساد، وقلنا بالتضمين، ففيه هنا اشكال ينشأ: من كون الرضاع سبباً، فإذا كان مباحاً لم يوجب الضمان كحفر البئر في ملكه.

قوله: (يب: لو أرضعت من يفسد النكاح بارضاعه جاهلة بالزوجية أو للخوف عليها من التلف ولم تقصد الافساد وقلنا بالتضمين، ففيه هنا إشكال، ينشأ من كون الرضاع سبباً، فاذا كان مباحاً لم يوجب الضمان، كحفر البئر في ملكه).

قد سبق أنّ المرضعة إذا قصدت بالرضاع إفساد النكاح الحاصل، ففي[1] ضمانها ما اغترمه الزوج من المهر قولان:

فعلى القول بعدم الضمان مع القصد المذكور، لا كلام في عدم الضمان مع انتفائه.

وعلى القول بالضمان معه، فهل يضمن مع انتفائه ـ كما لو أرضعت الصغيرة مثلاً جاهلة بكونها زوجة ابنها من النسب مثلاً، أو مع علمها بالزوجية، لكن خافت على الصغيرة من التلف، لفقد من ترضعها غيرها في محل الحاجة ولم تقصد مع ذلك الافساد ـ فيه اشكال، ينشأ مما ذكره المصنف، وهو:

أنّ الرضاع سبب لافساد النكاح، فاذا كان مباحاً لم يوجب الضمان، كحفر البئر في ملكه، فانه لكونه مباحاً لا يضمن الحافر ما يتلف بسببه، وأيضا فانّ الارضاع في هذه الحالة إحسان خال عن الضرر، فيندرج في عموم: ﴿**ما على المحسنين من سبيل**﴾[2].

---

(١) في جميع النسخ: في، وما اثبتناه هو الصحيح.

(٢) التوبة:٩١.

الثـالث عشـر: لو سعت الزوجة الصغيرة فأرتضعت من الزوجة الكبيرة وهي نائمة، رجع في مال الصغيرة بمهر الكبيرة، أو نصفه على اشكال.

فإن ارضعتهـا عشـر رضعات، ثم نامت فأرتضعت خمساً، احتمل الحـوالـة بالتحريم علىٰ الأخيرة، فالحكم كما لو كانت نائمة في الجميع، والتقسيط، فيسقط ثلث مهر الرضيعة بسبب فعلها، ونصف المهر بوجود الفرقة قبل الدخول، ويسقط ثلثا مهر الكبيرة.

ومن أنه إتلاف لمتقوم مضمون، فلا يفرق الحال فيه بقصد الافساد وعدمه، كسائر الاتلافات.

ولقائل أن يقول: إن كان اباحة السبب موجباً لسقوط الضمان،لم يتحقق الضمان في شيء من الصور المذكورة أصلا، لأنّا لا نسلّم تحريم الارضاع على تقدير قصد الافسـاد وإن حرم القصـد، ولأنه يلزم عدم الضمان للمهر لو أقرّت لزيد بالنكاح لاعتقادها كونها زوجة له ثم تغيّر اعتقادها فاقرت لعمرو، ولأن إقرارها الأول مباح، وهي محسنة بزعمها، وللنظر فيه مجال.

قوله: (يج: لو سعت الزوجة الصغيرة فارتضعت من الزوجة الكبيرة وهي نائمة رجع في مال الصغيرة بمهر الكبيرة او بنصفه على إشكال.

فان أرضعتها عشر رضعات ثم نامت فارتضعت خمساً، احتمل الحوالة بالتحـريم على الأخير والحكم كما لو كانت نائمة في الجميع. والتقسيط فيسقط ثلث مهر المرضعة بسبب فعلها، ونصف المهر بوجود الفرقة قبل الدخول ويسقط ثلثا مهر الكبيرة.

فإن كانت غير مدخول بها سقط الباقي ؛ لأنه أقل من النصف الساقط بالفرقة. ويغرم للصغيرة سدس مهرها، ويرجع به على الكبيرة.

ويحتمل سقوط سدس مهر الصغيرة، ويغرم الكبيرة ثلثه وسقوط ثلث مهر الكبيرة، وتغرم الصغيرة سدسه إن كان قبل الدخول، وبعده على اشكال.

فان كانت غير مدخول بها سقط الباقي، لأنه أقل من النصف الساقط بالفرقة، ويغرم للصغيرة سدس مهرها ويرجع به على الكبيرة، ويحتمل سقوط سدس مهر الصغيرة وتغرم الكبيرة ثلثه، وسقوط مهر الكبيرة وتغرم الصغيرة سدسه إن كان قبل الدخول، وبعده اشكال).

هنا مسألتان:

أ: إذا تولّت الزوجة الصغيرة الرضاع من الكبيرة بلبن غيره وليس للكبيرة شعور بذلك ـ بأن كانت نائمة ونحو ذلك ـ فانّ النكاح ينفسخ على ما سبق، ويجب للكبيرة مع عدم الدخول جميع المهر او نصفه على القولين.

وهل يرجع بذلك في مال الصغيرة؟ فيه إشكال، ينشأ من التردد في اشتراط انتفاء القصد إلى الافساد في ثبوت الغرم وعدمه، ويمكن أن يكون الاشكال باعتبار التردد في الرجوع بعوض البضع، وقد سبق الكلام فيه.

وقول المصنف: (رجع في مال الصغيرة بمهر الكبيرة أو نصفه) اشار به إلى التردد في استحقاق المهر كلّه أو نصفه بالانفساخ قبل الدخول، لأن الفسخ بعد الدخول يوجب المهر جميعه، ولا يستحق الزوج الرجوع به، لسبق استقراره بالوطء، فلا أثر للتردد بالرجوع بالمهر أو نصفه على تقدير الدخول أو عدمه.

ب: لو أرضعت الكبيرة الصغيرة عشر رضعات ثم نامت فارتضعت الصغيرة

خمساً أُخرىٰ انفسخ النكاح، لبلوغ النصاب المقتضي للتحريم، وحينئذ ففي حوالة التحريم على الرضاع الأخير أو على مجموع الرضعات احتمالان:

أحدهما: الحوالة على الأخير، لانتفاء التحريم قبله وتحققه مع حصوله، فيكون هو السبب وما تقدمه شرط، ومثله ما إذا كان الصيد يمتنع بسببين العدو والطيران، فأبطل واحد عدوه وآخر طيرانه، فانه يكونه للأخير، فعلى هذا يسقط مهر الصغيرة ويضمن مهر الكبيرة قبل الدخول، إما جميعه أو نصفه على ما سبق.

الثاني: اعتبار سببية المجموع في الضمان، للاطباق على أنّ المقتضي للتحريم هو مجموع خمس عشرة رضعة أو ما جرىٰ مجراها، وأبعاضها أجزاء العلة، فكلّ بعض منها جزء علة، ولا ريب أنّ الجزء الأخير من العلّة ليس هو العلّة، فعلى هذا يقسّط المهر على أجزاء السبب، وفيه احتمالان:

أحدهما: اعتبار المقسط، وهو فعل الزوجة من أصل المهر الواجب بالعقد مع ما يسقط بالفرقة قبل الدخول على القول بسقوط النصف بها، فيجب للصغيرة سدس المهر، وذلك لأن فعلها ثلث السبب، فيسقط به ثلث مجموع المهر ونصفه بالفرقة قبل الدخول، فيبقى سدس يدفعه إليها ويرجع به على الكبيرة.

وأما الكبيرة إذا كانت غير مدخول بها، فانّها لا تستحق شيئاً، لأنّ فعلها ثلثا السبب، فيسقط به ثلثا المهر، ويسقط بالفرقة قبل الدخول نصف المهر، والباقي بعد الثلثين أقل منه، فلا يبقىٰ لها شيء.

ووجه هذا الاحتمال: أنه بتمام الرضاع يتحقق المقتضي، للفرقة والمسقط لبعض المهر دفعة واحدة، فيوفر على كلّ مقتضاه، وفي هذا الاحتمال قوة.

الاحتمال الثاني: اعتبار المسقط من الواجب بعد الفرقة، وذلك هو النصف، بناء على أن الفرقة قبل الدخول تشطر المهر، فيسقط بفعل الصغيرة ثلث الواجب

. . . .

بعد الفرقة، وهو السدس، لأن فعلها ثلث السبب، والواجب بعد الفرقة هو النصف، وثلثه سدس الأصل، ويبقىٰ لها الثلثان، وهما ثلثا مجموع المسمّىٰ، فيغرمه الزوج لها ويرجع به على الكبيرة.

وأمـا الكبيرة إذا لم يكن مدخولاً بها، فانه يسقط بفعلها ثلثا الواجب بعد الفـرقة، وهما ثلث الأصل، ويبقىٰ لها سدس هو ثلث الواجب بعد الفرقة، فيغرمه الزوج لها ويرجع به على الصغيرة.

ويجيء هنـا احتمال آخر، وهو: أن يقسط المهر على فعل الكبيرة والصغيرة بالسوية، لأن لكل فعل منهما مدخلاً، وهو جزء علّة، فلا ينظر إلى قلته وكثرته، كما لو ضربـه واحـد ضربة وآخر عشراً ومات بالجميع، هذا حكم ما إذا وقع الرضاع والكبيرة غير مدخول بها.

أما مع الدخول ففي الحكم إشكال، ينشأ:

من أنّ المهـر قد استقـر بالدخول، فلا يسقط منه شيء بالسبب الطارئ الموجب للفسخ، ولا يضمن فاعل سبب الفسخ شيئاً، لأن استدامة النكاح ليس في مقابلها مهر، ولهذا لو قتل الزوجة قاتل أو قتلت نفسها، أو اشتركا في سبب القتل لم يستحق الزوج الرجوع بشيء من المهر بسبب القتل، فلا تضمن للكبيرة الصغيرة شيئاً من مهر الكبيرة بالرضاع بعد الدخول.

ومن أنّ البضـع متقوّم كما قدّمناه غير مرة، وتقرر المهر بالدخول لا يخرج البضـع عن كونـه متقوماً، ومن أتلف متقوماً مقابلاً بالمال ضمنه، للاجماع على أنّ الاتلاف يقتضي الضمان، وإلحاق الحكم هنا بحكم القتل قياس باطل، مع أنه منقوض بالقتل فعل الدخول.

فعلى هذا إن كان قد سلّم الكبيرة المهر رجع عليها بثلثيه وعلى الصغيرة بثلث، وإلّا دفع الثلث ورجع به في مال الصغيرة.

خاتمة: الأقرب قبول شهادة النساء منفردات، فلا بد من الأربع. ويكفي الشاهدان والشاهد والمرأتان. ولا يقبل في الاقرار به إلّا شاهدان،

وهنا شيء، وهو أنه على هذا الاحتمال ينبغي أن يكون المضمون بالرضاع بعد الدخول مهر المثل، لانه قيمة المثل بالنسبة إلى البضع، والتوقف في هذه الاحكام أسلم، وإن كان الاحتمال الاول من احتمالي التقسيط والثاني من احتمالي الضمان بعد الدخول لا يخلو من قوة.

قوله: (خاتمة: الأقرب قبول شهادة النساء منفردات، فلا بد من الأربع، ويكفي الشاهدان والشاهد والمرأتان، ولا يقبل في الاقرار به إلّا شاهدان).

اختلف الأصحاب في أنه هل تقبل شهادة النساء في الرضاع منفردات على قولين:

فذهب الشيخ في الخلاف[1] وابن ادريس [2] إلى عدم قبولهن.

وذهب المفيد[3] والسيد[4] وسلار[5] وابن حمزة[6] وجمع من الأصحاب إلى القبول، لأن ذلك من الأمور الخفية التي تعم بها البلوى ولا يطّلع عليها غالباً إلّا النساء، فوجب قبول شهادتهن فيه كسائر أمورهن الخفية على الرجال، ولمفهوم رواية

---

(١) الخلاف ٣:٨٥ مسألة ١٩ من كتاب الرضاع.

(٢) السرائر:٢٨٦.

(٣) المقنعة:١١٢.

(٤) الانتصار:٢٤٨.

(٥) المراسم:٢٣٣.

(٦) الوسيلة:٢٥٦.

ويفتقر إلى التفصيل، فلا تسمع الشهادة به مطلقة، وتسمع في الاقرار به.

ويتحمل الشاهد بأربع شرائط: أن يعرفها ذات لبن، وأن يشاهد الصبي قد التقم الثدي، وأن يكون مكشوفاً لئلا يلتقم غير الحلمة، وأن يشاهد امتصاصه للثدي وتحريك شفتيه والتجرع وحركة الحلق، ثم يشهد على القطع بأن بينهما رضاعاً محرماً.

عبد الله بن بكير عن بعض أصحابنا، عن الصادق عليه السلام في امرأة أرضعت غلاماً وجارية، قال: «يعلم ذلك غيرها؟» قلت: لا، قال: «لا تصدق إن لم يكن غيرها»[1]، فانّ مفهوم الشرط أنها تصدق إذا كان معها غيرها، وهو اعم من الرجال والنساء.

ويضعّف: بأنّ المفهوم لا عموم له، وسيأتي كمال البحث في المسألة إن شاء الله تعالى في كتاب القضاء، والأصح القبول.

وعلى هذافلا بد من اربع، فانّ كلّ امرأتين بمنزلة رجل واحد.

ولا تكفي شهادة المرضعة عندنا، وتقبل شهادة رجلين إجماعاً ورجل وامرأتان، وأما الاقرار بالرضاع فلا يقبل فيه إلاّ شهادة رجلين، لأن الاقرار مما يطلع عليه الرجال غالباً، بخلاف نفس الارضاع.

قوله: (ويفتقر إلى التفصيل، فلا تسمع الشهادة به مطلقة، وتسمع في الاقرار به، ويتحمل الشاهد بأربع شرائط: أن يعرفها ذات لبن، وأن يشاهد الصبي قد التقم الثدي، وأن يكون مكشوفاً لئلا يلتقم غير الحلمة، وأن يشاهد امتصاصه للثدي وتحريك شفتيه والتجرع وحركة الحلق، ثم يشهد على القطع أنّ بينهما رضاعاً محرماً.

---

(١) التهذيب ٧:٢٢٣ حديث ١٣٣٠.

وإن شهد على فعل الارضاع فليذكر الوقت والعدد، والأقرب أنه ليس عليه ذكر وصول اللبن إلى الجوف.

ولا تكفي حكاية القرائن بأن يقول: رايته قد التقم الثدي وحلقه يتحرك.

وإن شهد على فعل الارضاع فليذكر الوقت والعدد، والأقرب أنه ليس عليه ذكر وصول اللبن إلى الجوف ، ولا يكفي ذكر حكاية القرائن، بأن يقول: رأيته قد التقم الثدي وحلقه يتحرك).

صرح المصنف وغيره من الأصحاب بأنّ الشهادة على الرضاع لا تسمع مطلقة، بأن يقول الشاهد: ان أشهد أنّ بينها رضاعاً محرماً، أو حرمة الرضاع، أو اخوته أو بنوته، لأن الرضاع الذي به يتعلق التحريم مختلف فيه، فبعضهم حرّم بالقليل وبعضهم بالايجاز ونحو ذلك، فلا بد من ذكر الكمية والكيفية التي هي مناط الاختلاف، ليعمل الحاكم باجتهاده.

ولا يكفي إطلاق الشهادة، لأن الشاهد ربما عوّل في شهادته على معتقده ولم يكن مرضياً عند الحاكم، فيشهد الشاهد بأنّ الصغير ارتضع من الفلانية من الثدي من لبن الولادة خمس عشرة رضعة تامّات في الحولين من غير أن يفصل بينها برضاع امرأة أُخرىٰ.

وزاد المصنف في التذكرة[1] في الرضعات أن يقول: متفرقات، ولا حاجة إليه، لأن التعرض إلى الرضعات يغني عنه، إذ مع عدم التفرق يكون الحاصل رضعة طويلة لا رضعات.

وبالجملة فلا بد من التعرض إلى جميع الشرائط.

وهل يشترط أن يتعرض إلى وصول اللبن إلى الجوف؟ فيه وجهان، أقربها عند

---

(١) التذكرة ٢:٦٢٨.

. . . .

المصنف العدم، لأن المقتضي لوجوب التفصيل في الشهادة بالرضاع هو وقوع الخلاف في كميته وشرائطه، فاعتبر ذكر ما يدفع احتمال استناد الشاهد بالرضاع المحرم إلى اعتقاده الذي لا يكون مقبولاً عند الحاكم، ووصول اللبن إلى الجوف ليس من هذا القبيل، فيكفي فيه إطلاق الشهادة، وأيضاً فانه ليس بمحسوس، فلا يعتبر تصريح الشاهد به.

ويحتمل أنّ عليه ذكره، لتقبل شهادته، كما في ذكر الايلاج في شهادة الزنا، ولأن متعلق الحرمة هو ذلك.

والأول أصح، لأن الشهادة بالرضاع يقتضيه، فيكفي عن ذكره.

ولا يكفي ذكر حكاية القرائن، بأن يقول: رأيته قد التقم الثدي وحلقه يتحرك، لأن حكاية ذلك لا تعد شهادة، ولأن الشاهد قد يستفيد العلم بوصول اللبن إلى الجوف بمعاينة هذه الأُمور، والحكاية لا تثمره عند الحاكم.

وتحرير المبحث يتم بأُمور:

أ: يصير الشاهد للرضاع شاهداً به بشروط أربعة:

أن يعرف المرأة ذات لبن، فلو لم يعلم ذلك لم يصر شاهداً، لأن الأصل عدم اللبن.

وأن يشاهد الصبي قد التقم الثدي، فلا يكفي سماع صوت الامتصاص، لأنها قد توجره لبن غيرها، وربما امتص اصبعه أو اصبعها.

وأن يكون الثدي مكشوفاً ليعلم أنه قد التقم الحلمة، ويغني عن هذا والذي قبله مشاهدته قد التقم الحلمة.

وأن يشاهد امتصاصه للثدي، وتحريك شفتيه، والتجرع، وحركة الحلق، لأنه ربما التقم الحلمة ولم يرتضع.

ب: قد يستفاد من قوله: (ثم يشهد على القطع بأنّ بينهما رضاعاً محرما، وإن

. . . .

شهد على فعل الرضاع فليذكر الوقت والعدد) أنّ الشهادة بالرضاع تسمع مطلقة، فيكون منافياً لما ذكره في أول الكلام، وذلك لأنه جعل لأداء الشهادة صورتين: الشهادة بأنّ بينهما رضاعاً محرما، وأن يشهد على فعل الارضاع، فلا بد من التعرض إلى ذكر العدد والوقت المعتبرين في التحريم، لأن مطلق الارضاع أعم من الرضاع المحرم، بخلاف ما إذا شهد بالرضاع المحرم.

ويمكن أن يجاب: بأنه لمّا حكىٰ الأُمور المعتبرة في صيرورة الشخص متحملاً للشهادة بالرضاع المحرم، خشي أن يتوهم متوهم أنّ حكاية الأُمور التي هي طريق التحمل للشهادة بالرضاع كاف في الشهادة، فدفعه بأنه لابد من الشهادة بالرضاع المحرم على القطع والبت بصورة الجزم من غير تردد، كما هو وظيفة الشهادة.

والحق أن قوله: (وإن شهد على فعل الارضاع...) مشعر بأنّ الشهادة عليه مفصلة غير لازمه، فيستفاد منه أنّ أحد الأمرين كاف، وذلك ينافي عدم سماع الشهادة مطلقة.

فلو قال: بأن يشهد على فعل الارضاع... لا ندفع هذا المحذور، على أنّ ظاهر العبارة أنه إذا شهد على الفعل كفاه التعرض إلى الوقت والعدد، ولا ريب إنه لا يكفي.

ج: لو كان الشاهد بالرضاع فقيهاً مؤتمناً وعلم الحاكم موافقته إياه في أحكام الرضاع كلّها، فقضية التعليل السابق الاكتفاء بالشهادة مطلقة، لاندفاع المحذور حينئذ، كما لو كان الشاهد بنجاسة الماء فقيهاً موافقاً في أسباب التنجيس، فانّ الشهادة تسمع من دون اشتراط التفصيل، وهذا أقوىٰ، لكن لا تجد به قائلاً من الأصحاب، فاعتبار التفصيل أولى.

د: هل يشترط أن يشهد الشاهد بأنّ الرضيع بقي اللبن في جوفه، لأنه لو قاء لم يثمر الرضاع التحريم؟ مقتضىٰ التعليل السابق اعتباره، لأن هذا من الأُمور

وتقبل شهادة أُمها وجدتها، وأُم الزوج وجدته، سواء ادعى الزوج أو الزوجة.

ولو شهدت أُم الزوجة وبنتها أو أُم الزوج وبنته، سمعت ما لم يتضمن شهادة على الوالد.

المختلف فيها، ولم أجد به تصريحا، إلاّ أنه ينبغي اعتباره.

هـ: تسمع الشهادة بالاقرار مطلقة ولا تفتقر إلى التفصيل، فلو شهد أنه أقر بأن فلانة أُخته من الرضاع مثلاً سمعت، ولم يحتج إلى تفصيل الشرائط في الاقرار.

وجملة القول في ذلك: أن الاقرار بالرضاع المحرم مسموع، بخلاف الشهادة به، وفرّق بينها: بأن المقر يحتاط لنفسه فلا يطلق القول بالتحريم إلاّ بعد تحققه، وهذا الفرق لا يشفي، لأنه ربما بنى على رأيه في التحريم أو رأي لا يعول عليه عند الحاكم.

ويمكن الفرق: بأنّ حكم الحاكم على رجل وامرأة بأنّ بينهما علاقة الرضاع المحرمة، وهذا أمر خطير، فلا بد من الاحتياط فيه باستفصال ما يدفع الاجمال، بخلاف إقرار المرء على نفسه، فانّ عموم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»[1] فيجب مؤاخذته بظاهر اقراره حتى لو فسر بما لا يثمر التحريم عند الحاكم يقبل منه وهذا الفرق وجيه.

قوله: (وتقبل شهادة أُمها وجدتها وأُم الزوج وجدته، سواء ادعىٰ الزوج أو الزوجة، ولو شهدت أُم الزوجة وبنتها وأُم الزوج وبنته سمعت، مالم يتضمن شهادة على الوالد).

لو شهدت أُم المرأة أو بنتها أو جدتها أو أُم الزوج أو بنته أو جدته مع تتمة النصاب بالرضاع بينها وبين الزوج قبل عندنا مع الشرائط، لانتفاء المانع، سواء كان المدعي للرضاع الزوج أو الزوجة، إلاّ أن يتضمن شهادة البنت الشهادة على الوالد، بأن يكون المدعي للرضاع الزوجة، فتشهد بنت الزوج به، فانها شهادة على الوالد.

---

(١) عوالي اللآلي ٢:٢٥٢ حديث ٥.

ولو شهدت المرضعة أن بينها رضاعاً قبلت، ولا تقبل لو شهدت مع ثلاث أنها ولدته، لترتب النفقةَ والميراث هنا، ولو شهدت بأني أرضعته فالأقرب القبول ما لم تدّع أُجرة.

وقالت العامة: إن كانت المرأة مدعية والرجل منكر لم تقبل شهادة أُم المرأة وبنتها، لأنها شهادة للبنت أو الأم، وتقبل لو كان المدعي الزوج، لأنها شهادة على الأم أو البنت[١].

وهذا عندنا ساقط، لأن البعضية غير مانعة من قبول الشهادة.

وحكىٰ المصنف في التذكرة عن الشافعية: أنه لا يتصور شهادة البنت على أُمها بأنها أرتضعت من أُم الزوج، لأن الشهادة على الرضاع يشترط فيها المشاهدة، ولم يتعرض إلى ذلك بقبول ولا رد[٢].

وقد يقال: إنّ تحمل الشهادة قد يحصل بقبول الثقات على وجه يثمر اليقين، ولو شهدت الأُم أو البنت من غير تقديم دعوىٰ على طريق الحسبة قبلت، كما إذا شهد أب الزوجة وابنها أو ابناها على أنّ زوجها قد طلقها ابتداء، فانه يقبل، ولو ادعت الطلاق فشهدا لم يقبل.

قولـه: (ولـو شهدت المرضعة أنّ بينها رضاعاً قبلت، ولا يقبل لو شهدت مع ثلاث أنها ولدته، لترتب النفقة والميراث هنا، ولو شهدت بأنّي أرضعته فالأقرب القبول مالم تدّع أُجرة).

قد سبق أنّ المرضعة إذا شهدت على الرضاع وحدها لم يقبل عندنا، فأما إذا شهدت مع ثلاث نسوة ـ بناء على قبول شهادة النساء منفردات في الرضاع ـ فلا يخلو إمّا أن تشهد بالرضاع في الجملة من غير أن تسند هذه إلى نفسها، أو تشهد بأنّها

---

(١) الوجيز ٢:٢٠٩، مغني المحتاج ٣:٤٢٤ و ٤٢٥، السراج الوهاج:٤٦٤.

(٢) التذكرة ٢:٦٢٨، وانظر أيضاً المصدر السابق.

. . . .

ارضعته، فاما أن تدعي مع ذلك أُجرة، أم لا، فهذه صور ثلاث:

فان شهدت وادعت الأُجرة لم تقبل شهادتها ، للتهمة، لأنها تشهد لنفسها، وفي وجه للشافعية أنها لا تقبل في الأُجرة وتقبل في ثبوت الحرمة [١].

وإن شهدت بالرضاع ولم تسنده إلى نفسها، كما لو شهدت بأخوة الرضاع بينهما مثلا مع التفصيل المعتبر أو بأنهما ارتضعا منها، فإنه لا يتضمن فعلا منها،إذ ربما كانت نائمة، قبلت لانتفاء المانع،ولا نظر الى ما يتعلق به من ثبوت المحرمية وجواز الخلوة والمسافرة، فإن الشهادة لا ترد بمثل ذلك، فإن شهادة الشاهدين بأن فلاناً طلّق زوجته أو اعتق أمته تقبل وان كان يستدان حل المناكحة.

وفي وجه للشافعية أن المعزول لو شهد بالحكم ولم يسنده الى نفسه، بأن قال: حكم حاكم به، لم يقبل، وذكروا مجيء مثله في الرضاع[٢].

ولو اسندت الرضاع إلى نفسها، فشهدت بأنها ارضعتهما بالشرائط، فأقرب الوجهين عند المصنف القبول؛ لأنها لا تجر بهذه الشهادة نفعاً ولا تدفع ضرراً وعلمها اقوى من علم غيرها، ورواية ابن بكير[٣] السالفة تشعر بذلك.

ويحتمل العدم؛ لأن شهادة الانسان على فعل نفسه لا يقبل، كما لو شهد الحاكم على حكم نفسه بعد العزل لا يقبل.

وكذا القسام لو شهد على القسمة، والأصح الأول، وهذا بخلاف ما لو شهدت بأنها ولداها، أو بأنها ولدتها فإنه لا يقبل هنا جزماً.

والفرق أن الولادة يتعلق بها حق النفقة والميراث وغير ذلك من الحقوق المقصودة، وفرق بين الحاكم والقسام وبين المرضعة بأن فعلها مقصود يتعلق به الحكم

---

(١) الوجيز ٢:١٠٩، مغني المحتاج ٣:٤٢٤، السراج الوهاج: ٤٦٤

(٢) المصادر السابقة.

(٣) التهذيب ٧:٣٢٣ حديث ١٣٣٠.

ولـو ادعىٰ بعـد العقد أنها أُخته من الرضاع أو أُمه وأمكن، فإن صدقته قبل الدخول بطل العقد ولا مهر ولا متعة، وإن كان بعد الدخول فلها المسمّى مع الجهل، ولا شيء مع العلم بالتحريم، ويحتمل مع الجهل مهر المثل.

المتنازع فيه، وفعل المرضعة غير مقصود بالاثبات، فإن التحريم لا يتعلق بفعلها بل بوصول اللبن إلى الجوف.

فلو اتفق ذلـك وهي نائمـة أو مكرهة أثمر التحريم وبأن الحاكم والقاسم متهمان؛ لأنهما يثبتان لأنفسهما العدالة ووجوب اتباع حكمها بخلاف المتنازع.

قوله: (ولو ادعىٰ بعد العقد أنها أخته من الرضاع أو أمه وأمكن، فإن صدقته قبل الدخول بطل العقد ولا مهر ولا متعة، وإن كان بعد الدخول فلها المسمّى مع الجهل، ولا شيء مع العلم بالتحريم، ويحتمل مع الجهل مهر المثل).

أي: لو ادعى الزوج بعد العقد على الزوجة بأنها اخته من الرضاع أوأُمه، وأمكن ذلك بأن لم يكذبه الحس، فإما أن تصدقه الزوجة أو تكذبه، فإن صدقته فإما أن يكون ذلك قبل الدخول أو بعده،

فإن كان قبله فالعقد باطل ولا مهر ولا متعة لها؛ لانتفاء النكاح. وإن كان بعد الدخول فلها المسمّي في قول الشيخ[1] إن كانت جاهلة بالتحريم، وإن كانت عالمة فلا شيء لها اذ لا مهر لبغي.

ووجه قول الشيخ أن العقد هو سبب ثبوت المهر؛ لأنه مناط الشبهة، فكان كالصحيح المقتضي لتضمين البضع بما وقع التراضي عليه في العقد، وينبه عليه قوله تعالى: **﴿اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات ـ الى قوله ـ وآتوهم ما انفقوا﴾**[2].

---

(١) المبسوط ٥:٣١٤.

(٢) الممتحنة:١٠.

وإن كذبته قبل الدخول ولا بينة، حكم عليه بالحرمة ونصف الصداق، ويحتمل الجميع وبعده الجميع.

ويحتمل وجوب مهر المثل مع الجهل؛ لأن العقد باطل فلا يلزم من جهته مهر؛ لبطلان ما تضمنه، وقد تقرر في الأصول أن الباطل لا يترتب عليه أثره، وإنما الموجب له وطء الشبهة، ولا تعلق له بالمسمى؛ لأن الواجب في الاتلاف إنما هو قيمة المثل، وقيمة منافع البضع هو مهر المثل فوجب ضمانه، وهذا هو الأصح. والآيه إنما هي في النكاح الصحيح دون غيره.

وهنا ضابط وهو: ان كل موضع حكم فيه بفساد العقد يجب بالوطء فيه مهر المثل إن كانت المرأة جاهلة، وكل عقد صحيح يعقبه فسخ بعد الدخول يجب فيه المسمى.

قوله: (وإن كذبته قبل الدخول ولا بينة حكم عليه بالحرمة ونصف الصداق، ويحتمل الجميع).

قد سبق حكم ما اذا صدقته الزوجة على أن بينهما رضاعاً محرماً، فأما اذا كذبته: فإن كان قبل الدخول ولا بينة حكم عليه بالحرمة؛ لعموم «اقرار العقلاء على انفسهم جائز»، ولأنه يملك الفرقة، فإذا اعترف بما تضمنها قبل، ولا يقبل قوله بالنسبة إلى المرأة في فساد اصل النكاح، فعلى هذا فله احلافها إن ادعى عليها العلم، ويجب نصف الصداق؛ لأنها فرقة قبل الدخول من طرف الزوج فاشبهت الطلاق.

ويحتمل الجميع؛ لوجوبه بالعقد، وتشطره بالطلاق لا يقتضي لحاق غيره به، فإن القياس عندنا باطل، وهذا أصح، والأول أشهر.

وبعد الدخول يجب الجميع قطعاً ويحكم بالفرقة؛ لما قلناه. وهذا كله اذا لم يكن بينة، أما معها فإن الحكم كما لو صدقته.

وكذا الحكم لو ردت عليه اليمين فحلف، أما لو حلفت هي أو نكل هو بعد الرد فإن الحكم كما سبق.

ولو ادعت هي سُمعت وإن كانت هي التي رضيت بالعقد؛ لجواز جهلها به حالة العقد وتجدد العلم بخبر الثقات، فإن صدقها الزوج وقعت الفرقة وثبت المهر مع الدخول وجهلها ، وإلّا فلا.

ولو كذبها لم تقع الفرقة، وليس لها المطالبة بالمسمّى قبل الدخول وبعده، ويحتمل مطالبته مع الدخول بمهر المثل.

قوله. (ولو ادعت هي سمعت، وإن كانت هي التي رضيت بالعقد؛ لجواز جهلها به حالة العقد وتجدد العلم بخبر الثقات، فإن صدقها الزوج وقعت الفرقة ويثبت المهر مع الدخول وجهلها، وإلّا فلا. ولو كذبها لم تقع الفرقة، وليس لها المطالبة بالمسمّى قبل الدخول وبعده، ويحتمل مطالبته بمهر المثل بعد الدخول).

لو كان المدعي للرضاع هي الزوجة سمعت دعواها وإن كانت هي التي رضيت بالعقد؛ لجواز جهلها به حالة العقد وتجدد العلم بخبر الثقات، فلا يكون فعلها مكذّباً لدعواها. وقضية هذا التعليل أنها لو أخبرت بأنها كانت عالمة بالتحريم حين العقد لا تسمع الدعوى لمنافاتها لفعلها، ويجيء مثله في طرف الزوج.

اذا تقرر ذلك فاعلم أنه إن صدقها الزوج على دعواها وقعت الفرقة، وثبت مهر المثل بالدخول مع جهلها على الاحتمال السابق. وإن لم يدخل أو كانت عالمة فلا شيء؛ لما مر. وإن كذبها فالنكاح باق ولا يقبل قولها في الفسخ؛ لأنه حق عليها، وليس لها المطالبة قبل الدخول بالمسمى؛ لأن العقد فاسد بزعمها، والفاسد لا يستحق به مهراً، وكذا بعد الدخول لبطلان المسمّى.

وهل تطالب بمهر المثل؟ ظاهر العبارة يشعر بأنه ليس لها ذلك، فإن قوله: (ويحتمل مطالبته بمهر المثل) تشعر بذلك، وقد حكى الشارح الفاضل[1] قولاً

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ٦١.

. . . .

للشيخ[١]، ووجه الاحتمال أن الوطء المحترم إذا لم يكن بعقد صحيح أو ملك يجب له مهر المثل كما نبهنا عليه.

فإذا جهلت التحريم استحقت بالوطء ذلك، أما اذا علمت فلا شيء لها، إذ لا مهر لبغي واختار المصنف في التذكرة أن لها أقل الأمرين من المسمّى ومهر المثل[٢]؛ لأنه إن كان المسمّى أقل فلا يقبل قولها في وجوب زائد عليه بل القول قوله بيمينه.

وإن كان الأقل مهر المثل لم يستحق أكثر منه؛ لاعترافها بأن استحقاقها للمهر بوطء الشبهة لا بالعقد، وهذا هو الأصح.

ولعل مراد الشارح الفاضل[٣] من قول الشيخ[٤] هو ما مر في المسألة السابقة من قوله: (فإن كان بعد الدخول فلها المسمّى) فإنه يوجب المسمى وإن كان العقد فاسداً، إلّا أن عبارة المصنف هنا لا تعرض فيها لقول الشيخ أصلًا، بل أطلق الحكم بأنها لا تستحق المسمّى، فيبقى الاحتمال بغير مقابل، وكأنه أراد به مقابل الاحتمال بوجوب أقل الأمرين.

قوله: (ولو كذبها لم تقع الفرقة).

هنا صور:

الأولى: أن يكذبها ولا يدعي عليه العلم.

الثانية: يدعيه ويحلف على نفيه.

الثالثة: ينكل فيرد اليمين عليها فتحلف.

الرابعة: ينكل.

---

(١) المبسوط ٥:٣١٤.

(٢) التذكرة ٢:٦٢٩.

(٣) ايضاح الفوائد ٣:٦١.

(٤) المبسوط ٥:٣١٤.

ولها احلافه على نفي العلم، فإن نكل حلفت على البت، فيحكم بالفرقة والمهر مع الدخول لاقبله.

ولو نكلت أو كان قد حلف الزوج أولاً، فإن كان قد دفع الصداق لم يكن له مطالبتها به، وإلّا لم يكن لها المطالبة فكان العقد ثابتاً.

والحكم بعدم وقوع الفرقة يستقيم فيما عدا الثالثة، ويطالب بالمسمّى اذا كان بقدر مهر المثل أو دونه فيما عداها أيضاً. أما في الثالثة فيطالب بمهر المثل بالغاً ما بلغ.

ومن هذا يعلم أن اطلاق قوله: (لم تقع الفرقة)، وقوله: (فليس لها المطالبة بالمسمى قبل الدخول وبعده) ليس بجيد. وقوله: ويحتمل المطالبة بمهر المثل) إنما يستقيم في موضع يجيُ احتمال المطالبة بأقل الأمرين من المسمّى ومهر المثل.

وقوله اخراً: (ولو نكلت، أو كان قد حلف الزوج أولاً، فإن كان قد دفع الصداق لم يكن له مطالبتها، وإلّا لم يكن لها المطالبة) معترض، فإنه ينبغي أنه في جميع الصور متى دفع الصداق ليس له المطالبة، ومتى لم يدفعه فلها المطالبة بمهر المثل إذا حلفت اليمين المردودة، وفيما عداها إن طابق المسمّى مهر المثل طالبته به، وإلّا طالبته بأقل الأمرين، فكيف يستقيم نفي المطالبة مطلقاً.

اعلم أن المصنف لو أخرّ أحكام المهر بقوله: (ولو كذبها لم تقع الفرقة ـ إلى قوله ـ بعد الدخول) عن قوله: (وكان العقد ثابتاً) وما بعده، كان أولى؛ لأنها أحكام ما اذا حلف الزوج أو ردّ فنكلت، لا ما اذا حلفت.

قوله: (ولها احلافه على نفي العلم، فإن نكل حلفت على البت، فيحكم بالفرقة والمهر مع الدخول لا قبله، ولو نكلت أو كان قد حلف الزوج أولاً، فإن كان قد دفع الصداق لم يكن له مطالبتها به، وإلّا لم يكن لها المطالبة، وكان العقد ثابتاً).

أي: للزوجة في الصورة المذكورة احلاف الزوج على نفي العلم بالرضاع

والأقرب أنه ليس لها مطالبته بحقوق الزوجية على اشكال.

المحرم بينهما؛ لما سيأتي إن شاء الله تعالى في أحكام القضاء أن الحالف على نفي فعل الغير يحلف على نفي العلم.

والحالف على اثبات فعل الغير، أو اثبات فعل نفسه، أو نفي فعل إنما يحلف على القطع والبت، فان حلف اندفعت دعواها ظاهراً وبقي النكاح، لكن فيما بينها وبين الله تعالى إن كانت صادقة فيما أقرت به لا يحل لها مساكنته ولا تمكينه من وطئها، وعليها أن تفر منه وتفدي نفسها بما امكنها؛ لأن وطأه لها زنا ونظره وخلوته محرمان، فعليها التخلص بكل طريق ممكن، كالتي عرفت أنها مطلقة وجحد زوجها ذلك.

وإن نكل ردت اليمين عليها فتحلف على البت لما ذكرناه، فإذا حلفت حكم بالفرقة ووجب بالدخول مهر المثل اذا لم تكن عالمة بالتحريم حين الوطء؛ لثبوت دعواها بحلفها، وقبله لا تستحق شيئاً.

فإن كان الزوج قد حلف أو نكل فردت اليمين عليها فنكلت هي أيضاً، وكان قد دفع المسمّى لم يكن له مطالبتها به؛ لأنها تستحقه بزعمه، فكيف يطالب به، وإن لم يكن دفعه لم يكن لها المطالبة به؛ لأنها بزعمها لا تستحقه بل مهر المثل فلا يجوز مطالبتها، ومع ذلك فالنكاح ثابت ظاهراً.

ولا يخفى أنه لو كان المدعي هو كان له احلافها على نفي العلم إن ادعى عليها العلم، وحينئذ فإن حلفت طالبت بالمسمّى، وإن نكلت فحلف هو انفسخ النكاح، ولم يكن لها المطالبة بشيء قبل الدخول، وبعده يطالب بمهر المثل ولو نكل فكما لو حلفت هي.

قوله:(والأقرب أنه ليس لها مطالبته بحقوق الزوجية على اشكال في النفقة).

يريد أنه اذا حلف الزوج فيما اذا كانت هي المدعية، أو نكل فردت اليمين عليها فنكلت أيضاً، كان النكاح باقياً، وعلى هذا فالأقرب عنده أنه ليس لها مطالبته

بحقوق الزوجية؛ لأن حقوق الزوجية تابعة للزوجية، وهي منتفية باقرارها، فلا يمكن من المطالبة بها لا تستحقه.

ويحتمل ضعيفاً أن لها ذلك؛ لأن الزوجية ثابتة في نظر الشرع فاستحقت شرعاً توابعها.

ويضعف بأن ثبوت الزوجية ظاهراً لا يقتضي ثبوت توابعها مع اعتراف الزوجة بعدم الاستحقاق، فإن اقرار العقلاء على انفسهم جائز، لكن في النفقة اشكال ينشأ: من انتفاء مقتضيها بزعمها، ومن أنها معطلة لأجله وممنوعة من التزويج بسببه، فلو لم يجب عليه نفقتها لزم الاضرار بحالها مع أنه معترف بوجوبها عليه.

والفرق بين النفقة وغيرها من الحقوق: أن النفقة لو بذلها لم يحرم عليها أخذها، وأما النظر والقسم والاستمتاع فلو أراده منها وجب عليها الامتناع بمقتضى دعواها.

واعلم أن الشارح الفاضل ولد المصنف خصّ حقوق الزوجية التي قرّب المصنف المطالبة بها بما عدا الوطء ومشاهدة ما يحرم على غير الزوج، قال: فإنه ليس لها ذلك قطعاً، بل بما لا يستلزم ذلك، كما لو أوصى مورثه لزوجاته أو نذر، وكالكفن، وغير ذلك[1].

وما ذكره قريب؛ لأنه يبعد احتمال المصنف جواز مطالبة الزوجة في المحل المفروض للزوج بالوطء ونحوه من الاستمتاعات، حتى القسم والخلوة، فإن ذلك حرام عليها بزعمها فكيف تطالب به.

ويمكن أن يقال: إنما يحرم عليها ذلك فيما بينها وبين الله تعالى إن كانت صادقة، وأما ظاهراً فلا؛ لأن النكاح ثابت ظاهراً.

ولو رجعت عن دعواها وصدّقت الزوج في عدم التحريم قُبل ذلك منها، ولم تمنع من المطالبة بالحقوق حينئذٍ، فلاأقل من أن يجعل لها مطالبتها بها بمنزلة الرجوع،

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ٦٢.

ولو رجع بعد اقراره بالرضاع عنه بعد الفرقة لم يقبل رجوعه فيه وإن ادعى الغلط.

ولو اعترف قبل العقد بالرضاع لم يجز له العقد عليها، وكذا المرأة، سواء صدّقه الآخر أو لا. ولو رجع المعترف منهما لم يقبل رجوعه فيه.

وللنظر في ذلك كله مجال.

وعلى ما ذكره المصنف من أنه إن كان دفع إليها الصداق لم يكن له مطالبتها به، وإلاّ لم يكن لها المطالبة، وما سيأتي من أنه لو رجع المعترف منهما لم يقبل رجوعه، ينبغي الجزم والقطع بأنه ليس لها المطالبة بشيء من ذلك إلاّ النفقة، فإن فيهااحتمالاً ضعيفاً، وهذا هو المختار.

قوله: (ولو رجع بعد اقراره بالرضاع عنه بعد الفرقة، لم يقبل رجوعه وان ادعى الغلط، ولو اعترف قبل العقد بالرضاع لم يجز له العقد عليها، وكذا المرأة، سواء صدّقه الآخر أو لا، ولو رجع المعترف منهما لم يقبل رجوعه).

أي: لو رجع المقر بعد اقراره بالرضاع المحرم عن الاقرار بعد الحكم بالفرقة بين الزوجين لم يقبل رجوعه؛ لأن اقرار العقلاء على انفسهم جائز، فلا يقبل الانكار بعده.

ويلوح من التقييد بقوله: (بعد الفرقة) أن الرجوع لو كان حيث لم يحكم بالفرقة بينها يقبل، ويمكن توجيهه بثبوت النكاح وبقائه شرعاً، فرجوعه بمنزلة الرجوع عن انكار النكاح الذي تضمنه الاقرار.

واطلق في التذكرة عدم قبول الرجوع عن الاقرار[1]، فيتناول ما اذا حكم بالفرقة وعدمه.

---

(١) التذكرة ٢:٦٢٩.

ولو أقر برضاع ممتنع لم يلحق به حكم قبل العقد وبعده.

وحكىٰ عن أبي حنيفة قبول الرجوع من المقر عن اقراره من غير فرق بين الرجل والمرأة[١]؛ ولو سبق الاقرار العقد لم يجز العقد قطعاً، سواء الرجل والمرأة، وسواء صدّقه الآخر ام لا. ولو رجع المعترف منهما بدعوى ذلك عليه من الزوج الآخر، أو من الحاكم الآخر لم يقبل رجوعه قطعاً؛ لأنه رجوع عن الاقرار بالدعوى فلا يقبل.

قوله:(ولو أقر برضاع ممتنع لم يلحق به حكم قبل العقد وبعده).

هذا مقابل قوله في أول الكلام: (وامكن) وذلك لأنه اقرار باطل؛ لأن ممتنع الوقوع معلوم الانتفاء، فلا يلزم مقتضاه، سواء كان قبل العقد أو بعده. وذهب أبو حنيفة إلى القبول عملاً بمقتضىٰ الاقرار كما إذا كان ممكناً[٢]، والفرق ظاهر.

* * *

---

(١) بدائع الصنائع ٤:١٤.

(٢) بدائع الصنائع ٤:١٥.

الفصل الثاني: في المصاهرة: كل من وطأ بالعقد الصحيح الدائم أو المنقطع أو الملك حرمت عليه أُم الموطوءة وإن علت وبناتها وإن سفلت، سواء تقدمت ولا دتهن أو تأخرت وإن لم يكن في حجره تحريمًا مؤبداً، واخت الـزوجة جمعاً، وكذا بنت اختها وبنت اخيها إلّا أن ترضى الزوجة، وله ادخال العمة والخالة عليها وإن كرهت المدخول عليها.

قولـه: (الفصل الثاني: في المصاهرة: كل من وطأ بالعقد الصحيح الدائم، أو المنقطع، أو الملك، حرم عليه أم الموطوءة وإن علت وبناتها وإن نزلن، سواء تقدّمت ولادتهن أو تأخرت وإن لم يكن في حجره تحريمًا مؤبداً، واخت الزوجة جمعاً وكذا بنت اختها وبنت أخيها إلّا أن ترضى الزوجة، وله ادخال العمة والخالة عليها وإن كرهت المدخول عليها).

عرّف بعضهم المصاهرة بأنها جهة توجب الحرمة بين أقرباء الزوجين بعقد أو وطء صحيح، أو شبهة، أو زنا، مؤبداً عليه أولا. ويلزم عليه أن يكون لفظ المصاهرة منقولاً عن معناه اللغوي، ولم يثبت، والأصل عدمه.

والأولى أن يقـال: أنها علاقة مخصوصة حدثت بين الزوجين وبين اقربائهما بسبب النكاح توجب الحرمة. وأُلحق بالنكاح الوطء والنظر واللمس في مواضع مخصوصة.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن السبب المحرم في هذا الباب إما العقد، أو الوطء، أو النظر، أو اللمس. وقدّم الوطء؛ لأن التحريم به اشمل، ونحن نقدمه.

فنقول: كل مَن وطأ امرأة بالعقد الصحيح الدائم أو المنقطع أو الملك، حرم عليه أُم الموطوءة وإن علت وبناتها وإن نزلن، سواء تقدمت ولادتهن على الوطء أو تأخرت عنه، وسواء كن في حجره أم لا، تحريمًا مؤبداً متعلقاً بعينهن.

. . . .

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن﴾[١] والامهات بصيغة الجمع يتناول الأم حقيقة ومجازاً.

وروى غياث بن ابراهيم عن الصادق عن أبيه الباقر عليهما السلام ان علياً عليه السلام قال: «اذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها اذا دخل بالأم، فإذا لم يدخل بالأم فلا بأس أن يتزوج بالابنة، فاذا تزوج الابنة فدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الأم»[٢]، واجماع المسلمين على تحريم المذكورات.

وكذا تحرم أخت الموطوءة بالعقد جمعاً، وأما أخت الموطوءة بالملك فإنها يحرم وطؤها، ولهذا غيّر المصنف الاسلوب فقال: (واُخت الزوجة جمعاً) ولم يقل: واخت الموطوءة، أي: تحرم جمعاً في النكاح بينها وبين اختها لا عيناً، ولا يحرم الجمع بينهما في الملك.

وكذا القول في العمة وبنت أخيها، والخالة وبنت اختها، فإنه لا يحرم ادخال الصغيرتين في الملك ويحرم في النكاح، إلّا أن ترضى الكبيرتان.

ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الاختين﴾[٣].

والأخبار في ذلك متواترة، مثل صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام فيمن تزوّج امرأة بالعراق واخرى بالشام فإذا هي اخت العراقية، قال: «يفرّق بينه وبين التي تزوجها بالشام، ولا يقرب المرأة حتى تنقضي عدة الشامية»[٤].

---

(١) النساء: ٢٣.

(٢) التهذيب ٧: ٢٧٣ حديث ١١٦٦، الاستبصار ٣: ١٥٧ حديث ٥٧٠.

(٣) النساء:٢٣.

(٤) الكافي ٥: ٤٣١ حديث ٤ الفقيه ٣: ٢٦٤ حديث ١٢٥٨، التهذيب ٧: ٢٨٥ حديث ١٢٠٤، الاستبصار ٣: ١٦٩ حديث ٦١٧.

وهل يلحق الوطء بالشبهة والزنا بالصحيح؟ خلاف.

ولا يحرم الزنا المتأخر عن العقد وإن قلنا بالتحريم به مع السبق.

وروى محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: «لا تزوج ابنت الاخت على خالتها إلّا باذنها، وتزوج الخالة على ابنت الأُخت بغير اذنها»[1].

وعن علي بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السلام قال: سألته عن امرأة تزوج على عمتها أو خالتها قال: «لا بأس» وقال: «تزوج العمة أو الخالة على ابنة الأخ أو الأُخت ولا تزوج بنت الأخ والأُخت على العمة والخالة إلّا برضى منها، فإن فعل فنكاحه باطل»[2]، واكثر أهل الإسلام اطبقوا على التحريم في ذلك.

وذهب ابن أبي عقيل وابن الجنيد إلى عدم التحـريم[3]، وهـو قول ضعيف متروك، كما ضعّف قول الصدوق في المقنع بالتحريم مطلقاً[4].

والقائلون بالتحريم من أصحابنا اجمعوا على جواز الجمع بين العمة والخالة، وبين بنت الأخ وبنت الأُخت برضى الكبيرتين، سبق نكاحها أو تأخر، وخالف في ذلك العامة كافة[5].

قوله: (وهل يلحق الوطء بالشبهة والزنا بالصحيح؟ خلاف، ولا يحرم الزنا المتأخر عن العقد وإن قلنا بالتحريم مع السبق).

قد عرفت أن الوطء بالعقد والملك الصحيحين يثمر تحريم الأُم والبنت بغير خلاف بين المسلمين، وهـذا هو الوطء الصحيح فأما الوطء بالزنا والشبهة ففي

---

(١) التهذيب ٧: ٣٣٢ حديث ١٣٦٥، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤٢.

(٢) التهذيب ٧: ٣٣٣ حديث ١٣٦٨، الاستبصار ١٧٧:٣ حديث ٦٤٥.

(٣) نقله عنهما العلّامة في المختلف: ٥٢٧.

(٤) المقنع : ٩٦

(٥) انظر: المجموع ٢٢٣:١٦، المغني ٤٨٩:٧، الشرح الكبير ٤٨٥:٧.

. . . .

الحاقها بالوطء الصحيح في افادة تحريم المصاهرة خلاف.

وأما الوطء بالشبهة: فالمراد به الوطء في نكاح فاسد أو شراء فاسد لا يعلم بفسادهما، واذا ظن أن المرأة زوجته أو أمته فوطأها، وكذا وطء الأمة المشتركة بينه وبين غيره، وأمثال ذلك.

قال المصنف في التذكرة: وهذا يتعلق به التحريم اجماعاً؛ لتعلقه بالوطء المباح، ثم حكى عن ابن المنذر انه قال: أجمع كل من نحفظ عنه العلم من علماء الأمصار على أن الرجل اذا وطأ امرأة بنكاح فاسد أو شراء فاسد انها تحرم على ابيه وابنه واجداده وولد ولده، وهذا مذهب مالك والاوزاعي والثوري والشافعي وأحمد واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي وأصحاب النص وهم الامامية[1].

هذا كلامه، وظاهره عدم الخلاف في ذلك، إلّا أن ابن ادريس منع التحريم فيه[2]، وقد حكاه المصنف عنه في المختلف[3]، وكذا غيره[4]، والأصح التحريم.

لنا: الاجماع المنقول في كلام المصنف وغيره، ولا يضر مخالفة معروف الاسم والنسب، وأن الزنا يحرم كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

فالوطء بالشبهة أولى؛ لأنه وطء محترم شرعاً، فيكون لحاقه بالوطء الصحيح في ثبوت حرمة المصاهرة أولى من الزنا، ولأن معظم أحكام الوطء الصحيح لاحقة به، فإن أعظم أحكام النسب وهو في الشبهة كالصحيح.

وكذا وجود المهر، وتخلّف المحرمية لا يضر، فإنها متعلقة بكمال حرمة الوطء؛ لأنها اباحة لحل النظر، ولأن الموطوءة لم يستبح النظر اليها، فلا يجوز لأجل ذلك أن

---

(١) التذكرة ٢: ٦٣٦، المغني ٧: ٤٨٣، الشرح الكبير ٧: ٤٧٨.

(٢) السرائر: ٢٨٩.

(٣) المختلف: ٥٣٣.

(٤) المحقق في الشرائع ٢: ٢٨٩.

. . . .

يستبيح النظر الى أمها وبنتها.

واختلف الأصحاب أيضاً في الحاق الزنا بالصحيح في افادته حرمة المصاهرة، فقال الشيخ[١]، وأبو الصلاح[٢]، وابن البراج[٣]، وابن زهرة[٤]، وابن حمزة[٥]، وأكثر المتأخرين بالتحريم[٦]، وهو الأصح؛ لصحيحة منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام في رجل كان بينه وبين امرأة فجور فهل يجوز أن يتزوج بابنتها؟ فقال: «اذا كان قبلة أو شبهها فليتزوج بابنتها، وإن كان جماع فلا يتزوج ابنتها»[٧]. والنهي للتحريم، ولأن أم المزنى بها وبنتها من الرضاعة تحرم، فمن النسب أولى.

أما الأولى؛ فلصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام: في رجل فجر بامرأة أيتزوج امها من الرضاعة أو ابنتها؟ قال: «لا»[٨].

وأما الثانية: فلأن النسب أصل للرضاع في التحريم، والرضاع فرعه وتابعه؛ لظاهر قوله عليه السلام: «الرضاع لحمة كلحمة النسب».

وقوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[٩].

ويمنع ثبوت الحكم في التابع حيث هو تابع بدون المتبوع ولظاهر قوله تعالى: ﴿وامهات نسائكم﴾[١٠]، وهو شامل للمزني بها؛ لأن الاضافة يكفي فيها أدنى

---

(١) النهاية: ٤٥٢.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٨٤.

(٣) المهذب ٢:١٨٣.

(٤) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٢٢.

(٥) الوسيلة: ٣٤٥.

(٦) منهم الشهيد في اللمعة: ١٨٨، والمحقق في الشرائع ٢:٢٨٩، وولد العلّامة في الايضاح ٣:٦٣.

(٧) الكافي ٥: ٤١٦ حديث ٥، التهذيب ٧:٣٣٠ حديث ١٣٥٧، الاستبصار ٣:١٦٧ حديث ٦٠٨.

(٨) الكافي ٥: ٤١٦ حديث ٨، التهذيب ٧:٣٣١ حديث ١٣٦٠، الاستبصار ٣:١٦٧ حديث ٦١١.

(٩) الفقيه ٣:٣٠٥ حديث ١٤٦٧، سنن ابن ماجة ١:٦٢٣ حديث ١٩٣٧.

(١٠) النساء: ٢٣.

. . . .

. ملابسة.

وقال المفيد[١]، والمرتضى[٢]، وسلار[٣]، وابن ادريس بعدم التحريم[٤]؛ لقوله تعالى: ﴿**واحل لكم ما وراء ذلكم**﴾[٥]. وقوله سبحانه: ﴿**فانكحوا ما طاب لكم من النساء**﴾[٦].

ولقول الصادق عليه السلام وقد سئل عن الرجل يأتي المرأة حراماً ايتزوجها؟ قال: «نعم وأُمها وبنتها»[٧].

وفي رواية عنه عليه السلام في رجل فجر بامرأة أيحل له بنتها؟ قال: «نعم إن الحرام لا يفسد الحلال»[٨].

والجواب: ان عموم الآيات مخصوص بأخبار التحريم، والاتيان وإن كان استعماله في الوطء اكثر إلّا أنه يحتمل غيره، فلا يعارض الصريح الصحيح. والرواية الأخيرة منزلة على كون الزنا بعد نكاح البنت؛ لأن فيه جمعاً بين الدلائل، فظاهر الرواية لايأبى ذلك.

فعلى هذا يثبت تحريم الأُم والبنت إن لم يسبق نكاح احداهما، فإن سبق لم تحرم المنكوحة. ولا فرق في عدم تحريم المنكوحة بين كونها معقوداً عليها أو موطوءة بالملك وان كان المذكور في العبارة هو العقد.

---

(١) المقنعة: ٧٧.

(٢) الناصريات: ٢٤٥.

(٣) المراسم: ١٤٩.

(٤) السرائر: ٢٨٧

(٥) النساء: ٢٤.

(٦) النساء: ٣.

(٧) التهذيب ٧: ٣٢٦ حديث ١٣٤٣، الاستبصار ٣: ١٦٥ حديث ٦٠٠.

(٨) التهذيب ٧: ٣٢٨ حديث ١٣٥٠، الاستبصار ٣: ١٦٥ حديث ٦٠١.

أما النظر واللمس بما يحرم على غير المالك والقبلة فلا، وقيل: إنما تحرم على أب اللامس والناظر وابنه خاصة فيما يملكانه، دون أُم المنظورة والملموسة وابنتها واختها، والأقرب الكراهية.

ولا خلاف في انتفاء التحريم بما يحل لغير المالك، كنظر الوجه ولمس الكف.

واعلم أن الأصح أيضاً أن المزني بها محرّمة على ابي الزاني وابنه، والخلاف كما تقدّم، ويدل على ذلك الاجماع المركب، فإن كل مَن أثبت التحريم في السابق اثبته هنا، ومَن نفى ثم نفى هنا، فالفرق احداث قول ثالث. ولظاهر قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾[1]، والنكاح حقيقة لغوية في الوطء، والنقل على خلاف الأصل.

قولـه: (أما النظر واللمس بما يحرم على غير المالك، والقبلة، فلا. وقيل: إنما يحرم على أبي اللامس والناظر وابنه خاصة فيما يملكانه، دون أُم المنظورة أو الملموسة أو ابنتها أو اختها، والأقرب الكراهية. ولا خلاف في انتفاء التحريم بما يحل لغير المالك كنظر الوجه ولمس الكف).

المراد ان النظر إلى ما يحرم على غير المالك النظر اليه وكذا اللمس ما يحرم على غير المالك لمسه والقبلة هل يثمر شيء من ذلك تحريم المصاهرة؟ فيه اختلاف، وتحريره بمباحث؛ لأن البحث في تحريم هذه:

اما في المملوكة بالنسبة إلى أب المالك وابنه، أو بالنسبة إلى أُم المرأة وبنتها وإن لم تكن مملوكة، أو في الأجنبية:

الأول: إذا ملك جارية ونظر أو لمس منها ما يحرم على غير المالك، فهل تحرم على أبيه وابنه؟ فيه اقوال:

---

(١) النساء: ٢٢.

. . . .

أ: عدم التحـريم، اختاره المصنف وجماعة[١]؛ للأصل، ولعموم الآيات مثل: **﴿فـانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾**[٢]، **﴿ واحل لكم ما وراء ذلكم﴾**[٣] **﴿وما ملكت ايمانكم﴾**[٤].

ولموثقة علي بن يقطين عن العبد الصالح عليه السلام: في الرجل يقبّل الجارية ويباشرها من غير جماع داخل أو خارج، أتحل لابنه وابيه؟ قال: «لا بأس»[٥].

ويرد عليه بأن النصوص الواردة في التحريم ناقلة عن حكم الأصل ومخصصة للعموم، والرواية ليس فيها تصريح بأن ذلك عن شهوة، فيقيد بأن ذلك عن غير شهوة، والمطلق يحمل على المقيد، ولو ثبت عمومها من جهة ترك الاستفصال خصّت بما دلّ على التحريم بفعل ذلك مع الشهوة.

ب: التحريم بالنظر واللمس اذا كان بالشهوة كالوطء، وهو قول الشيخ في النهـاية [٦]، واتبـاعه[٧]، واختاره المصنف في المختلف[٨]، وهو الأصح؛ لقوله تعالى: **﴿وحلائل ابنائكم﴾**[٩].

وجه الاستدلال: ان مقتضاه التحريم بمجرد الملك، لكن خرج عنه ما اذا تجرد

---

(١) منهم ابن ادريس في السرائر: ٣١٥، والمصنف في التذكرة ٢:٦٣٣.

(٢) النساء: ٣.

(٣) النساء: ٢٤.

(٤) النساء: ٣٦.

(٥) التهذيب ٨:٢٠٩ حديث ٧٤١، الاستبصار ٣:٢١٢ حديث ٧٦٨.

(٦) النهاية: ٤٩٦.

(٧) منهم ابو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٢٨٦، وابن البراج في المهذب ٢:١٨٢، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٦٣.

(٨) المختلف: ٥٢٤.

(٩) النساء: ٢٣.

عن الجماع والنظر واللمس بالاجماع، فيبقى الباقي على العموم.

وكذا احتج المصنف في المختلف، وفيه نظر؛ لأن الظاهر أن الحليلة هي الزوجة، ولأن النظر واللمس بشهوة أقوى من العقد المجرد، فيكون التحريم به أولى.

ولصحيحة محمد بن اسماعيل عن أبي الحسن عليه السلام وقد سأله عن الرجل يكون له الجارية فيقبّلها، هل تحل لولده؟ فقال: «بشهوة»؟ فقلت: نعم، فقال: «ما ترك شيئاً اذا قبلها بشهوة»، ثم قال ابتداء من نفسه: «إن جردها ونظر إليها بشهوة حرمت على أبيه وابنه»، قلت: فإذا نظر إلى جسدها، فقال: «اذا نظر إلى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه»[1].

وفي صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «اذا جرد الرجل الجارية ووضع يده عليها فلا تحل لابنه»[2].

لا يقال: ما دلت عليه الرواية اخص من المدعى، فإن الرواية دلّت على التحريم بالنظر إلى العورة، والمدعى التحريم بالنظر الى ما يحرم على غير المالك.

لأنا نقول: لاقائل بالفرق، فإذا ثبت التحريم في بعض الصور للنص ثبت في الباقي للاجماع المركب.

ج: القول بأن النظر واللمس يحرّمان منظورة الأب وملموسته على ابنه دون العكس، وهو قول المفيد[3]. وقد يحتج له بصحيحة محمد بن مسلم السابقة[4]، ولا حجة فيها؛ لأن التحريم من الجانبين بذلك ثبت بنصوص أُخرى[5].

---

(١) الكافي ٥:٤١٨ حديث ٢، التهذيب ٧:٢٨١ حديث ١١٩٢.

(٢) الكافي ٥:٤١٩ حديث ٥، التهذيب ٧:٢٨٢ حديث ١١٩٣.

(٣) المقنعة: ٧٧.

(٤) الكافي ٥:٤١٩ حديث ٥، التهذيب ٧:٢٨٢ حديث ١١٩٣.

(٥) الكافي ٥:٤١٨ حديث ٤، الفقيه ٣:٢٦٠ حديث ١٢٣٥، التهذيب ٨:٢١٢ حديث ٧٥٨، الاستبصار ٣:٢١٢ حديث ٧٦٩.

. . . .

الثاني: الحكم بالتحريم السابق إنما هو في الأمة؛ لأن الحرة تحرم على الأب والابن بمجرد العقد عليها، وسيأتي ذلك في عبارة الكتاب، وعلى ذلك فالتحريم بالنظر واللمس إنما هو بالنسبة إلى الأب والابن.

أما بنت الملموسة والمنظورة المعقود عليها وبنتها وامها اذا كانت مملوكة، ففي تحريمهن بالنظر واللمس قولان للأصحاب:

أحدهما: قول ابن الجنيد فإنه قال: إن اللمس والقبلة والنظر إلى العورة وما جرى مجراها عمداً تحرم البنت من نسب كانت أو رضاع[1]. وقال الشيخ في الخلاف: إن القبلة واللمس يحرّم الأم وإن علت والبنت وإن نزلت، وقال في مسألة اخرى: اذا نظر إلى فرجها تعلّق به تحريم المصاهرة[2].

والثاني: عدم التحريم بذلك، وهو مختار أكثر المتأخرين[3]، وهو الأصح.

لنا: قوله تعالى: ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾[4]، والنظر واللمس والتقبيل لا يطلق على شيء منها الدخول.

ووجه الاستدلال به أن الآية دلت على عدم تحريم بنت المعقود عليها ما لم يدخل، فيثبت ذلك في أم المملوكة وبنتها بالاجماع المركب، إذ لا قائل بالفرق، ذكره المصنف في المختلف[5] لصحيحة عيص بن القاسم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باشر امرأة وقبّل، غير أنه لم يفض اليها ثم تزوج ابنتها، قال: «إن لم يكن أفضى فلا بأس، وإن كان افضى فلا يزوج»[6].

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٢٥.

(٢) الخلاف ٣:٢١٨ مسألة ٨١ كتاب النكاح.

(٣) منهم المحقق في الشرائع ٢:٢٨٩، وولد المصنف في الايضاح ٣:٦٦.

(٤) النساء: ٢٣.

(٥) المختلف: ٥٢٥.

(٦) الكافي ٥:٤١٥ حديث ٢، التهذيب ٧:٢٨٠ حديث ١١٨٦، الاستبصار ٣:١٦٢ حديث ٥٨٩

. . . .

احتج الشيخ في الخلاف[١] باجماع الفرقة واخبارهم وطريقة الاحتياط، وبما روي عن النبي صلّى الله عليه وآله أنه قال: «لا ينظر الله إلى رجل نظر الى فرج امرأة وبنتها»[٢]، وبقوله عليه السلام: «من كشف قناع امرأة حرّمت عليه أُمها وبنتها»[٣].

ويحتج له بصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فنظر الى رأسها وبعض جسدها، ايتزوج ابنتها؟ قال: «لا، إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج بنتها»[٤].

وقريب منها رواية أبي الربيع عن الصادق عليه السلام[٥]، ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[٦].

وجمع الشيخ بين هذه الأخبار وبين ما سبق من دلائل عدم التحريم بالحمل على الكراهية؛ لأن الآية صريحة في عدم التحريم، وهو جمع ظاهر، وبه أجاب المصنف في المختلف[٧].

الثالث: حكم الشيخ في الخلاف بأن اللمس والقبلة بشبهة يحرّم الأُم وإن علت والبنت وإن نزلت، وساوى بينه وبين اللمس والقبلة المباحين[٨]، وهو ضعيف.

الرابع: اختلف القائلون بأن الزنا ينشر حرمة المصاهرة، في أن النظر المحرم إلى الأجنبية هل ينشر الحرمة، فتحرم به الأُم وإن علت والبنت وإن نزلت. كذا نقل

---

(١) الخلاف ٢١٨:٣ مسألة ٨٢ كتاب النكاح.

(٢) عوالي اللآلىء ٣٣٣:٣، كنز العمال ١٦: ٥١٧ حديث ٤٥٧٠٥.

(٣) عوالي اللآلىء ٣٣٣:٣.

(٤) الكافي ٤٢٢:٥ حديث ٣ ، التهذيب ٢٨٠:٧ حديث ١١٨٧، الاستبصار١٦٢:٣ حديث ٥٩٠.

(٥) الكافي ٤٢٣:٥ حديث ٥، الفقيه ٣٥٧:٣ حديث ١٧٠٨.

(٦) التهذيب ٤٥٨:٧ حديث ١٨٣٢، الاستبصار ١٦٣:٣ حديث ٥٩٢.

(٧) المختلف: ٥٢٥.

(٨) الخلاف ٢١٨:٣ مسألة ٨١ كتاب النكاح.

أما العقد المجرد عن الوطء فإنه يحرّم أُم الزوجة وإن علت تحريماً مؤبداً على الأصح.

وهل يشترط لزومه مطلقاً، أو من طرفه، أو عدمه مطلقاً؟ نظر.

فلو عقد عليه الفضولي عن الزوجة الصغيرة، ففي تحريم الأُم قبل الاجازة أو بعد فسخها مع البلوغ نظر.

الشارح الفاضل[1] ، ولا شبهة في ضعف القول بالتحريم.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن المراد بالشهوة في قوله: (إن اللمس بشهوة والنظر بشهوة يحرمان) هي الميل الطبيعي، فلو كان لغرض اخر كلمس العضو المريض ليعلم حاله ونحو ذلك، فليس من قبيل المحرم، ولا يعتبر انتشار العضو ولا حركته عندنا.

ويستفاد من قول المصنف: (ولا خلاف في انتفاء التحريم بما يحل لغير المالك كنظر الوجه ولمس الكف) انه يحل النظر واللمس المذكوران في الأمة للأجنبي، وفي حل اللمس تردد، ثم ارجع الى قول المصنف:

(وقيل: إنما يحرم على أب الملامس والناظر وابنه خاصة فيما يملكانه).

واعلم أن الضمير في قوله: (يحرم) يعود إلى الملموسة والمنظورة، وأراد بقوله الاحتراز عما صرح به بقوله: (دون أُم المنظورة). وقوله: (فيما يملكانه)، احتراز عن النظر واللمس في محل لا يملكانه، فإن النظر واللمس المحرمين لا يحرمان عنده، وإنما اقتصر على حكاية الخلاف في المنظورة والملموسة بالنسبة إلى أب اللامس وابنه مع أن الخلاف في أُمها وبنتها استضعافاً له، فكأنه عنده غير ملتفت إليه.

قوله: (أما العقد المجرد عن الوطء فإنه يحرّم أُم الزوجة وإن علت تحريمًا مؤبداً على الأصح، وهل يشترط لزومه مطلقاً، أو من طرفه، أو عدمه مطلقاً؟ نظر. فلو عقد عليه الفضولي عن الزوجة الصغيرة، ففي تحريم الأُم به قبل الاجازة أو بعد فسخها مع البلوغ نظر).

---

(١) ايضاح الفوائد ٣:٣١٩.

هذا بيان حكم ترتب تحريم المصاهرة على العقد خاصة، وأخره عن بيان حكم النظر واللمس في ذلك؛ لأنهما من توابع الوطء.

وتحقيق الكلام في ذلك أن العقد المجرد عن الوطء يحرّم أُم الزوجة وإن علت تحريمًا مؤبداً عند أكثر فقهاء الاسلام[1]، وخالف ابن أبي عقيل من اصحابنا في ذلك، فاشترط في تحريمها الدخول بالزوجة كالبنت[2]، وهو أحد القولين للشافعي من الفقهاء الأربعة[3].

والمذهب هو التحريم، لأن قوله سبحانه: ﴿وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن﴾[4] صريح في اعتبار الدخول في تحريم الربيبة دون أم الزوجة من وجهين:

الأول: أن: (من) في قوله سبحانه ﴿من نسائكم﴾ وإن علقها بـ ﴿نسائكم﴾ من قوله عزوجل ﴿وامهات نسائكم﴾ كانت لبيان النساء، وتميز المدخول بهن من غير المدخول بهن. وإن علقها بـ ﴿ربائبكم﴾ من قوله تقدس وعلا﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم﴾ كانت من لابتداء الغاية، كما تقول بنات رسول الله صلّى الله عليه وآله من خديجة، ويمتنع أن يعني بالكلمة الواحدة في خطاب واحد معنيان مختلفان.

فإن قيل: تعلق الجار بها يجعل معناه مجرد الاتصال على حد مَنْ في قوله تعالى: ﴿المنافقون والمنافقات بعضهم من بعض﴾[5]، ولا ريب أن امهات النساء متصلات

(١) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٢٨٦، والشيخ في المبسوط ٤:١٩٦، وسلار في المراسم: ١٤٧، وفخر المحققين في الايضاح ٣:٦٦.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٢٢.

(٣) انظر: المجموع ١٦:٢١٧، المغني لابن قدامة ٧:٤٧٢، السراج الوهاج: ٣٧٣.

(٤) النساء: ٢٣.

(٥) التوبة: ٦٧.

. . . .

بالنساء، لأنهن امهاتهن، كما أن الربائب متصلات بامهاتهن لأنهن بناتهن.

قلنا: في ذلك ارتكاب خلاف الظاهر من غير ضرورة، وآية المنافقين لا تحتمل غير ذلك، على أن المنقول في كلامهم أن تحريم أُمهات النساء مبهم دون تحريم الربائب على ما عليه ظاهر كلامه، وقد روى أصحابنا عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام أن علياً عليه السلام كان يقول: «إن الربائب إنما يحرمن مع الدخول بامهاتهن، وان أُمهات النساء حرام مطلقاً، فحرموا وابهموا ما ابهم الله»[1].

الثاني: قد تقرر في الاصول أن رجوع الشرط والوصف والاستثناء بعد جملتين متعاقبتين فصاعداً إنما هو إلى الأخيرة، إلّا أن يدل دليل على خلافه، وفي عدة أخبار التصريح بتحريم الأُم وإن لم يدخل بالبنت من طرق الخاصة والعامة[2].

وقد روى أصحابنا وغيرهم روايات كثيرة صريحة بعدم التحريم إلّا مع الدخول كالربيبة[3]، وبعضها صحيحة لا تقبل التأويل، وحكم الشيخ بشذوذها لمخالفتها لكتاب الله[4]، وصرح المصنف في المختلف بقوة هذه الأخبار ومنع مخالفتها للكتاب العزيز واظهر التوقف، ثم رجح التحريم بالاحتياط وفتوى الأكثر[5].

ولقائل: أن يقول: إن تعلق (من) بالنساء والربائب معاً إنما يستقيم بارتكاب خلاف الظاهر كما بيناه فالمخالفة ثابتة، وأخبار الآحاد المخالفة لما عليه أكثر أهل الاسلام ولظاهر كتاب الله كيف يمكن التمسك بها والحكم بقوة العمل بها، مع أنهم

---

(١) التهذيب ٧:٢٧٣ حديث ١١٦٥، الاستبصار ٣:١٥٦ حديث ٥٦٩.

(٢) التهذيب ٧:٢٧٣ حديث ١١٦٥ و١١٦٦، الاستبصار ٣:١٥٦ حديث ٥٦٩ و٥٧٠، سنن البيهقي ٧:١٥٩.

(٣) الكافي ٥:٤٢٢ حديث ٤، التهذيب ٧:٢٧٣ حديث ١١٦٨، الاستبصار ٣:١٥٧ حديث ٥٧٢.

(٤) التهذيب ٧:٢٧٥، الاستبصار ٣:١٥٨.

(٥) المختلف: ٥٢٢.

. . . .

يتمسكون بالاجماع فيما يكون الخلاف فيه اظهر من الخلاف هنا، فإن ابن ابي عقيل قد انقرض القائل بمقالته ولحقه الاجماع، فالتحريم هو المفتى به.

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه هل يشترط لتحريم أُم المعقود عليها، بل كل تحريم يترتب على العقد، أن يكون عقد النكاح لازماً من الطرفين، وهو الذي أراده المصنف بقوله: (مطلقاً) أم يكفي للتحريم لزومه من طرف الزوج فقط، أم لا يشترط واحد منهما فيثبت التحريم بمجرد حصول العقد الفضولي وإن كان فضولياً من الطرفين؟ فيه نظر ينشأ: من قيام الدليل على كل من الاحتمالات الثلاث:

أما الأول فلعموم الآيات الدالة على اباحة النكاح من تناول محل النزاع، مثل قوله تعالى: ﴿واحل لكم ما وراء ذلكم﴾[1]، خرج منه ما اذا كان العقد لازماً من الطرفين؛ لأنه العقد الصحيح الذي يترتب عليه أثره بالنسبة إلى كل من الزوجين، فيبقي النكاح على أصل الحل.

ويحتمل الثاني؛ لأن التحريم دائر مع لزوم العقد.

ويحتمل الثالث؛ لقوله تعالى: ﴿وامهات نسائكم﴾[2].

والاضافة تصدق بأدنى ملابسة، فعلى هذا لو عقد الفضولي عن الزوجة الصغيرة على رجل مباشر للعقد هو أو وكيله، بدليل قوله: (أو بعد فسخها) حيث خص الفسخ بها، على أن كون الفسخ منها لا يمنع جوازه من الزوج، فلا يستلزم كونه غير فضولي من طرفه.

ففي تحريم الأُم قبل حصول الاجازة نظر يعلم مما سبق، وكذا في تحريمها بعد فسخ الصغيرة مع كونها قد بلغت، إذ لا يعتد بفسخها قبله نظر ينشأ: من ثبوت العقد اللازم من طرفه، وذلك يقتضي تحريم الأُم فلا يزول، ومن أنه بالفسخ تبيّن أن لا

---

(١) النساء: ٢٤.

(٢) النساء: ٢٣.

. . . .

نكاح، وقد سبق الكلام على ذلك في المطلب الخامس في أحكام الأولياء.

والتحقيق أن يقال: إن حكمنا بكون الاجازة من الزوجين أو أحدهما جزء السبب، فالذي يقتضيه صحيح النظر عدم التحريم؛ لأن اطلاق العقد إنما يحمل على الصحيح وهو الذي يترتب عليه أثره، والحاصل في العقد الفضولي إنما هو جزء السبب، ويمنع صدق النساء على التي عقد عليها الفضولي.

وكون الاضافة يكفي فيها أدنى ملابسة، معناه إنه إذا أُريد اضافة شيء إلى شيء كفى لصحة الاضافة أن يكون بينهما أدنى ملابسة، وليس معناه أنه اذا وجد بين شيئين أدنى ملابسة وجب حمل اللفظ المضاف منهما إلى الآخر على جميع محتملاته القريبة والبعيدة؛ لأن الواجب الحمل على المعنى الحقيقي الذي يتبادر إلى الفهم عند اطلاق اللفظ.

والمعقود عليها فضولاً من الطرفين معاً أو من أحدهما لا يعد من النساء بالنسبة إلى المعقود له، ولا من زوجاته ومنكوحاته؛ لما قلناه من أن الحاصل جزء العقد لا كله، وإن حكمنا بكون الاجازة كاشفة عن حصول العقد الصحيح والرد كاشف عن عدمه فالتحريم الحقيقي الثابت لغير الأُم بحسب الواقع وعدمه موقوف على انكشاف الحال عندنا بالاجازة أو الرد، لكن قبل حصول أحدهما وتبين الحال ينبغي أن يحكم بالمنع من تزوج أُم المعقود عليها واختها وبنتها؛ لأن العقد الواقع بمعرض أن ينكشف صحته ولزومه من الجانبين.

فإن قيل: كيف حرمن بمجرد الاحتمال والأصل الاباحة.

قلنا: لما حصل عقد وترددنا في سببيته وعدمه على حد سواء، وكان له أمد ينتظر انكشاف حاله عندنا، لم يجز الهجوم على نكاح من يترتب على هذا العقد تحريم نكاحه.

ولم يبق أصل الاباحة كما كان؛ لأن حصول ما وقع اللبس في سببيته نقل عن

. . . .

حكم الأصل الذي كان، وليس هذا بأدون من المعقود عليها عقدان لاثنين وقد التبس العقد السابق منهما، فإن أم المرأة حرام على كل منهما لا محالة.

وكذا لوعقد عاقد على امرأة والتبست المعقود عليها باخرى، فإن أم كل منهما حرام عليه.

والحق أن بين هاتين والمعقود عليها فضولاً فرقاً؛ لثبوت السبب التام الناقل عن حكم الأصل فيهما، بخلاف المتنازع، وكيف كان فالاحتياط التحريم وإن كان الطرف الآخر لا يخلو من وجه.

ولا فرق في هذا بين كون العقد فضولياً من الطرفين أو أحدهما، من جانب الزوج أو الزوجة؛ لأن كون الاجازة كاشفة لا تفاوت فيه بين الأمور الثلاثة، فإذا حصل الرد انكشف لنا بطلان العقد من حين وقوعه.

وانه لا مصاهرة بسببه فلا تحريم، واطلاق الفسخ في مثل ذلك مجاز لا محالة، وإن كان قد حصلت الاجازة انكشفت صحته ولزومه من حين وقوعه.

ويتفـرع على ذلك أن الصداق لو كان عيناً من أموال الزوج فنمت قبل الاجازة انكشف بالاجازة أن النماء للزوجة وبالرد أنه للزوج، وهذا بحمد الله تعالى واضح.

واعلم أن في قوله: (هل يشترط لزومه مطلقاً) أمران:

الأول:ان التفسـير باشـتراط اللزوم وعدمه يندرج فيه ما اذا كان النكاح متزلزلاً، فيما اذا وجد عيب أو شرط أو تدليس يقتضي التسلط على الفسخ، فإن اللزوم بمعنى عدم التزلزل بهذا الاعتبار غير شرط في ثبوت تحريم الأم قطعاً؛ لأن النكاح هنا حقيقي محرّم للام بنص الكتاب [١] والسنة [٢]، وإنما التردد في النكاح الفضولي؛

---

(١) النساء: ٢٣.

(٢) التهذيب ٧:٢٧٣ حديث ١١٦٥ و١١٦٦، الاستبصار ٣:١٥٦ حديث ٥٦٩ و٥٧٠.

وتحرم المعقود عليها على أب العاقد وإن علا وابنه وإن نزل. ولا تحرم بنت الزوجة على العاقد عيناً بل جمعاً، فلو فارقها قبل الدخول حل العقد على البنت، وكذا أُخت الزوجة وبنت أخيها واختها إلّا أن ترضى العمة أو الخالة.

لأنه ليس نكاحاً حقيقياً جزماً، والاقتصار على نص يعم الفضولي غير كافٍ، بل كان ينبغي التعبير بما لا يشمل غير الفضولي.

الثاني: قوله: (أو عدمه مطلقاً) المتبادر منه أنه هل يشترط عدمه مطلقاً، وليس بجيد. وكان الأولى أن يقول: أو لا يشترط مطلقاً، فيجب التنبيه لذلك .

قوله: (ويحرم المعقود عليها على أب العاقد وإن علا وابنه وإن نزل، ولا تحرم بنت الزوجة على العاقد عيناً بل جمعاً، فلو فارقها قبل الدخول حل له العقد على البنت، وكذا اخت الزوجة وبنت اخيها واختها، إلّا أن ترضى العمة والخالة).

قد سبق الوعد بأنه سيأتي في كلام المصنف أن الزوجة تحرم على أبي الزوج وإن علا وابنه وإن نزل بمجرد العقد، والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع.

أما بنت الزوجة فلا تحرم على الزوج بمجرد العقد عيناً، أي حرمة متعلقة بعينها، بل إنما تحرم جمعاً، بمعنى أن الأُم ما دامت في النكاح حرمت البنت، فإذا فارقها قبل الدخول حلّت البنت وإن لمس أو قبّل بشهوة على الأصح كما سبق.

وكذا القول في أُخت الزوجة فإنها تحرم جمعاً ولا تحرم عيناً بحال، فمتى فارق الزوجة حلّت اختها، سواء كانت قبل الدخول أم بعده.

وكذا بنت أخي الزوجة وبنت اختها تحرم كل منها على من عنده العمة والخالة إلّا أن ترضى العمة والخالة، ولا خلاف في شيء من ذلك عندنا.

ويحرم وطء مملوكة كل من الأب وإن علا والابن وإن نزل على الآخر بالوطء لا بالملك.

ولا يحرم الملك مع الوطء، ولو وطأ أحدهما مملوكة الآخر بزنا أو بشبهة ففي التحريم نظر.

قوله: (ويحرم وطء مملوكة كل من الأب وإن علا وابنه وإن نزل على الآخر بالوطء لا بالملك، ولا يحرم الملك مع الوطء).

قد سبق حكم الزوجة بالنسبة إلى أب الزوج وابنه، وهذا حكم المملوكة بالنسبة إليها، وجعل متعلق التحريم وطء مملوكة الأب والابن؛ لأن الملك لا يمنع منه قطعاً إذ لا منافاة بين تحريم الوطء وثبوت الملك.

وقد صرح به المصنف بقوله: (ولا يحرم الملك مع الوطء، وإنما يحرم وطء مملوكة الأب والابن مع وطء الأب أو الابن لا بمجرد الملك)، لكن قد سبق أنها تحرم بنظر ما لا يحل لغير المالك نظره بشهوة، وكذا لمسه بشهوة على أحد القولين، إلّا أنه غير مرضي عند المصنف.

قوله: (ولو وطأ أحدهما مملوكة الآخر بزنا أو بشبهة ففي التحريم نظر).

يريد بذلك ما اذا وطأ الأب أو الابن مملوكة الآخر بزنا أو بشبهة قبل أن يطأها المالك، فإن في تحريمها على المالك بذلك نظر، ينشأ من اختلاف الأصحاب، وتعارض الدلائل عنده.

قال الشيخ رحمه الله[1]، وابن الجنيد[2]، وابن البراج[3]، وجماعة[4] على

---

(١) النهاية: ٤٥٢.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٢٤.

(٣) المهذب ٢:١٨٣.

(٤) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٢٨٦، وفخر المحققين في الايضاح ٣: ٦٨.

. . . .

التحريم؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾[١] فإنها كما تتناول الوطء بالنكاح الصحيح تتناول الوطء بالزنا والشبهة.

فإن قيل: النكاح حقيقة في العقد فلا حجة في الآية.

قلنا: قد ثبت أنه حقيقة لغوية في الوطء، والأصل عدم النقل.

فإن قيل: قد استعمل شرعاً في العقد، بل استعماله فيه أشيع.

قلنا: مجازاً؛ لأن الاشتراك مع كونه على خلاف الأصل مرجوح إذا عارضه المجاز، واذا ثبت التحريم بذلك في حق الابن فكذا في الأب؛ لعدم القائل بالفرق.

ولما رواه عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام: في الرجل يكون له الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجد، أو الرجل يزني بالمرأة، هل يحل لابنه أن يتزوجها؟ قال: «لا، انما ذلك اذا تزوجها فوطأها ثم زنا ابنه لم يضره؛ لأن الحرام لا يفسد الحلال، فكذلك الجارية»[٢].

ولا يضر ضعف سندها؛ لاعتضادها بظاهر الآية، وغير ذلك من الروايات.

ونفى ابن ادريس التحريم[٣]؛ تمسكاً بالأصل، وبظاهر قوله تعالى: ﴿واحل لكم ما وراء ذلكم﴾[٤] ونحوه، وبقوله عليه السلام: «لا يحرّم الحرام الحلال وإنما يحرم ما كان بنكاح»[٥].

وجوابه: إن الأصل يترك للدليل والآيه مخصوصة بما قدمناه، والحديث يراد به الحرام اللاحق، والحصر المستفاد من قوله: «وإنما يحرم ما كان بنكاح» معارض بما سبق

---

(١) النساء: ٢٢.

(٢) الكافي ٥:٤٢٠ حديث ٩، التهذيب ٧:٢٨٣ حديث ١١٩٦، الاستبصار ٣:١٦٤ حديث ٥٩٧ .

(٣) السرائر: ٢٨٧.

(٤) النساء: ٢٤.

(٥) سنن البيهقي ٧:١٦٩.

وليس لأحدهما أن يطأ مملوكة الآخر إلّا بعقد أو ملك أو اباحة، وللأب التقويم مع الصغر.

ولو وطأ الأب أو الابن زوجة الآخر أو مملوكته الموطؤة بزنا أو بشبهة، فالأصح أنه لا يوجب التحريم،

من الدلائل الدالة على أن الزنا ينشر حرمة المصاهرة، والأصح التحريم.

واعلم أن المملوكة وإن كانت أعم من الموطوءة وغيرها، إلّا أن تعليق الحكم على مملوكتها يقتضي ثبوت التردد في تحريمها اذا لم يكن المالك قد وطأها، ولا يدل على أن الموطوءة لا يتعلق بها حكم التحريم بذلك، إلّا أن ذلك سيأتي صريحاً في قوله: (ولو وطأ الأب أو الابن زوجة الآخر أو مملوكته الموطوءة...).

قوله: (وليس لأحدهما أن يطأ مملوكة الآخر إلّا بعقد أو ملك أو اباحة، وللأب التقويم مع الصغر).

كما لا يحل لواحد من الأب والابن التصرف في مال الآخر إلّا باذن المالك؛ لأن المسلم على المسلم حرام ماله وعرضه، وكذا لا يحل لأحدهما أن يطأ مملوكة الآخر إلّا بسبب صحيح، وهو إما العقد أو الملك الشرعيان. والاباحة دائرة بينهما على ما سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

وإنما أفردها بالذكر لوقوع النزاع في أنها من قسم العقد أو من قسم الملك، فربما لم ينتقل الذهن فعطفها على القسمين من قبيل عطف الخاص على العام لهذه النكتة . ويجوز لكل من الأب والجد تقويم جارية الابن الصغير على نفسه بأن يتملكها بعقد شرعي مملّك، ولا يكفي مجرد التقويم قطعاً، إذ لا ينتقل الملك إلّا بسبب ناقل، وقبل الانتقال لا يجوز التصرف، ولا اثر للتقويم بدون العقد المملّك، ولا خلاف في شيء من هذه الأحكام، ولا فرق بين كون الأب والجد ملياً أم لا.

قوله: (ولو وطأ الأب أو الابن زوجة الآخر أو مملوكته بزنا أو شبهة، فالأصح أنه لا يوجب التحريم).

ولا حد على الأب في الزنا بمملوكة ابنه، ويحد الابن مع انتفاء الشبهة.

ولـو حملت مملوكـة الأب بوطء الابن لشبهة، عتق ولا قيمة على الابن،

المراد انه اذا وطأ أحدهما زوجة الآخر وإن لم يكن مدخولاً بها، أو مملوكته التي قد وطأها المالك بالملك أو بسبب آخر وإن تقدّم على زمان الملك بزنا أو شبهة، ففي تحريمها على الزوج والمالك قولان:

أحـدهما: التحريم؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾[1] وهو ضعيف؛ لأن الآية مخصوصة بقوله عليه السلام: «لا يحرّم الحرام الحلال»[2].

واصحهما ـ وهو مختار الأكثر[3] ـ عدم التحريم، ولا يخفى أن الجار في قوله: (بزنا) يتعلق بقوله: (ولو وطأ الأب).

قوله: (ولا حدّ على الأب في الزنا بمملوكة ابنه، ويحدّ الابن مع انتفاء الشبهة).

لا خلاف في ذلك، والفرق أن الأب لما كان أصلاً في وجود الابن اثبت له الشارع هذه المزية ونحوها، وفي قوله عليه السلام: «انت ومالك لأبيك»[4] ايماء إلى ذلك.

قوله: (ولو حملت مملوكة الأب بوطء الابن شبهة عتق ولا قيمة على الابن).

---

(١) النساء: ٢٢.

(٢) سنن البيهقي ٧:١٦٩.

(٣) منهم الشيخ في النهاية: ٤٥٢، وابن ادريس في السرائر: ٢٨٧، وابن البراج في المهذب ٢:١٨٣.

(٤) سنن ابن ماجة ٢:٧٦٩ حديث ٢٢٩١.

ولا عتق مع الزنا.

ولو حملت مملوكة الابن بذكر لم ينعتق، وعلى الأب فكه مع الشبهة.

ولو حملت بانثى عتقت على الابن ولا قيمة، ولا عتق مع الزنا.

وعلى كل من الأب والابن مهر المثل لو وطأ زوجة الآخر للشبهة، فإن حرمنا بها فعاودها الزوج وجب عليه مهر آخر وإلاّ فلا،

وذلك لأن النسب يثبت مع الشبهة، فيكون ابن ابن مالك الأمة، فيعتق عليه لو كان رقاً، فلا تجب عليه قيمته.

قوله: (ولا عتق مع الزنا).

وجهه انتفاء النسب بالزنا، فإذا كان الابن زانياً لم يتحقق النسب الموجب للعتق، ولا يخفى أنه قد سبق في كلام المصنف التردد في أن الزنا هل يثبت معه العتق كالصحيح والشبهة، وجزم هنا بالعدم، فيكون رجوعاً عن الجزم السابق.

قوله: (ولو حملت مملوكة الابن بذكر لم ينعتق، وعلى الأب فكه مع الشبهة، ولو حملت بانثى عتقت على الابن ولا قيمة، ومع الزنا لا عتق).

أي: لو حملت مملوكة الابن من الأب، فإن كان بذكر لم ينعتق؛ لأن الأخ لا ينعتق على أخيه لو ملكه كما هو مقرر في موضعه، بخلاف الأُخت.

فلو حملت بانثىٰ عتقت، ولم يجب على الأب للابن قيمتها، وتجب القيمة في الذكر. وهذا كله إنما هو مع الشبهة، أما مع الزنا فلا نسب ولا عتق ولا قيمة.

قوله: (وعلى كل من الأب والابن مهر المثل لو وطأ زوجة الآخر للشبهة، فإن حرّمنا بها فعاودها الزوج وجب عليه مهر آخر، وإلاّ فلا).

لا ريب أن الوطء بالشبهة يوجب على الواطء مهر المثل اذا لم تكن الموطوءة عالمة بالحال. فإذا وطأ الأب أو الابن زوجة الآخر للشبهة، وقلنا بتحريمها على الزوج بذلك، فعاودها الزوج، أي: وطأها بعد ذلك، وجب عليه مهر آخر لها؛ لأن وطء

والرضاع في ذلك كله كالنسب.

الفصل الثالث: في باقي الأسباب، وفيه مسائل:

أ: من لاعن امرأته حرمت عليه ابداً، وكذا لو قذف زوجته الصماء أو الخرساء بما يوجب اللعان لولا الآفة.

الشبهة لا يخلو عن المهر، وهذا اذا لم تكن عالمة بالحال.

وقوله: (وإلّا فلا) معناه وإن لم تحرمها بذلك على الزوج، أو لم يعاودها الزوج فليس لها مهر آخر، وهو ظاهر.

قوله: (والرضاع في ذلك كله كالنسب).

أي: حكم الأب من الرضاع كحكم الأب من النسب، والابن من الرضاع كالابن من النسب، وبنت الزوجة من الرضاع وأُمها كالبنت والأُم لها من النسب.

وكذا القول في الأُخت والعمة والخالة، ففي كل موضع حكمنا بتحريم المصاهرة لأحد المذكورين من النسب، حكمنا به في نظيره من الرضاع، وقد سبق هذا مستوفى.

قوله: (الفصل الثالث: في باقي الأسباب، وفيه مسائل:

الأُولى: من لاعن امرأته حرمت عليه أبداً، وكذا لو قذف زوجته الصمّاء والخرساء بما يوجب اللعان لولا الآفة).

أجمع الأصحاب على أن من لاعن امرأته حرمت عليه أبداً، وروى أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل: «والملاعنة لا تحل له أبدا»[1].

وكذا اجمعوا على أن من قذف زوجته وهي صماء أو خرساء قذفاً يوجب اللعان لولا الافة وهي الصمم والخرس، بأن يرميها بالزنا مع دعوى المشاهدة وعدم البينة.

---

(١) الكافي ٥:٤٢٨ حديث ٩.

ب: لو تزوج امرأة في عدتها عالماً حرمت عليه أبداً دون أبيه وابنه، وإن جهل العدة أو التحريم: فإن دخل فكذلك في حقه وحقها، وإلاّ بطل واستأنف بعد الانقضاء.

ويلحق به الولد مع الجهل إن جاء لستة أشهر فصاعداً من حين الوطء، ويفرق بينهما، وعليه المهر مع جهلها لا علمها، وتعتد منه بعد اكمال الأُولى، ولو كانت هي العالمة لم يحل لها العود إليه أبداً.

ولو تزوج بذات بعل ففي الحاقه بالمعتدة اشكال ينشأ: من عدم التنصيص، ومن أولوية التحريم.

ولا فرق في العدة بين البائن والرجعي وعدة الوفاة.

وروى أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: أنه سئل عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي خرساء صماء لا تسمع ما قال، فقال: «إن كان لها بيّنة تشهد عند الامام جلده الحد وفرق بينهما، ثم لا تحل له أبداً، وإن لم يكن لها بينة فهي حرام عليه ما أقام معها ولا اثم عليها منه»[١].

قوله: (الثانية: لو تزوج امرأة في عدتها عالماً حرمت عليه أبداً دون ابنه وابيه، وإن جهل العدة أو التحريم، فإن دخل فكذلك في حقه وحقها، وإلاّ بطل واستأنف بعد الانقضاء، ويلحق به الولد مع الجهل إن جاء لستة اشهر فصاعداً من حين الوطء، ويفرّق بينهما، وعليه المهر مع جهلها لا علمها، ويعتد منه بعد اكمال الأُولى.

ولو كانت هي العالمة لم يحل لها العود إليه أبداً، ولو تزوج بذات بعل، ففي الحاقه بالمعتدة اشكال ينشأ: من عدم التنصيص، ومن أولوية التحريم. ولا فرق في العدة بين البائن والرجعي وعدة الوفاة).

---

(١) الكافي ١٦٦:٦ حديث ١٨، التهذيب ١٩٣:٨ حديث ٦٧٥.

. . . .

اذا تزوج رجل امرأة في عدتها فله صور؛ لأنها إما أن يكونا عالمين، أو جاهلين بالعدة أو التحريم، أو أحدهما عالماً والآخر جاهلاً، وعلى التقديرات فإما أن يحصل الدخول، أو لا:

الأُولى: أن يكونا عالمين بالعدة والتحريم ويدخل.

الثانية: الصورة بحالها ولا دخول، فتحرم عليه مؤبداً في الصورتين، لما رواه زرارة بن أعين وداود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام. وعبد الله بن بكير عن اديم بياع الهروي عنه عليه السلام إنه قال: «الذي يتزوج المرأة في عدتها وهو يعلم لا تحل له أبداً»[1].

وروى عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها بجهالة، أهي ممن لا تحل له أبداً؟ فقال: «لا، أما اذا كان بجهالة فليتزوجها بعد ما تنقضي عدتها، وقد يعذر الناس في الجهالة ما هو اعظم من ذلك».

فقلت: بأي الجهالتين أعذر، بجهالته أن يعلم أن ذلك محرم عليه أبداً، أم بجهالة أنها في عدة؟

فقال: «احدى الجهالتين أهون من الأُخرى، الجهالة بأن الله تعالى حرّم ذلك عليه، وذلك أنه لا يقدر على الاحتياط معها».

قلت: فهو في الأُخرى معذور؟ قال: «نعم، إذا انقضت عدتها فهو معذور في أن يتزوجها».

فقلت: وإن كان أحدهما متعمداً والآخر بجهالة؟ فقال: «الذي تعمد لايحل له أن يرجع الى صاحبه ابداً»[2] وغير ذلك من الروايات[3].

---

(١) الكافي ٥: ٤٢٦ حديث ١، التهذيب ٧: ٣٠٥ حديث ١٢٧٢.

(٢) الكافي ٥: ٤٢٧ حديث ٣، التهذيب ٧: ٣٠٦ حديث ١٢٧٤.

(٣) الكافي ٥: ٤٢٧ حديث ٤، ٥، ٦، التهذيب ٧: ٣٠٧ حديث ١٢٧٥، ١٢٧٧.

. . . .

اذا تقرر ذلك فاعلم أنها كما تحرم على العاقد تحرم على أبيه وابنه، لكن في الأولى دون الثانية، وذلك على أصح القولين من أن الزنا يحرم المزني بها على أبي الزاني وابنه، واطلق المصنف عدم التحريم عليهما، واطلاقه يتناول ما اذا حصل مع العقد دخول، على أن المصنف لم يرجّح فيما سبق القول بالتحريم ولا عدمه.

الثالثة: أن يكونا جاهلين بالعدة أو التحريم ويدخل فتحرم أبداً؛ لرواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «اذا تزوج الرجل المرأة في عدتها ودخل بها لم تحل له أبداً، عالماً كان أو جاهلاً، وإن لم يدخل بها حلت للجاهل ولم تحل للاخر»[١].

وإلى هذه الصورة أشار المصنف بقوله: (وإلاّ بطل واستأنف بعد الانقضاء).

أي: وإن لم يدخل بطل النكاح واستأنفه بعد انقضاء العدة إن شاء.

الرابعة: الصورة بحالها ولا دخول، فلا تحريم، ولا فرق بين كونه جاهلاً بالعدة وبالتحريم؛ لأن الجاهل في سعة. ولرواية عبد الرحمن السالفة[٢].

ولمقطوعة محمد بن مسلم قال: قلت له المرأة الحبلى يتوفى عنها زوجها فتضع وتتزوج قبل أن تعتد أربعة اشهر وعشراً.

فقال: «ان كان الذي تزوجها دخل بها فرّق بينهما ولم تحل له أبداً، أو اعتدت بما بقي عليها من عدة الأول واستقبلت عدة أُخرى من الآخر ثلاثة قروء. وإن لم يكن دخل بها فرّق بينهما وأتمت ما بقي من عدتها وهو خاطب من الخطاب»[٣]. والمراد مع عدم الدخول لروايتي الحلبي وعبد الرحمن السالفتين.

اذا عرفت ذلك فاعلم أنها مع الدخول تحرم على أبي العاقد وابنه؛ لأن الوطء

---

(١) الكافي ٥: ٤٢٦ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٠٧ حديث ١٢٧٦.

(٢) الكافي ٥: ٤٢٧ حديث ٣، التهذيب ٧: ٣٠٦ حديث ١٢٧٤.

(٣) الكافي ٥: ٤٢٧ حديث ٤، التهذيب ٧: ٣٠٧ حديث ١٢٧٧، الاستبصار ٣: ١٨٧ حديث ٦٨٠.

. . . .

بالشبهة كالصحيح في أحكام المصاهرة، وقد صرح المصنف بالتحريم هنا بقوله: (فكذلك في حقه وحقها) أي: حرمت مؤبداً في حق العاقد وابنه وابيه، ولم يصرّح بالحاق الوطء بالشبهة بالصحيح في التحريم فيما سبق، بل اقتصر على حكاية الخلاف، وهنا مسائل:

الأُولى: اذا حصل الدخول في صورة الجهل فأتت بولد لستة اشهر فصاعداً من حين الوطء، كان لاحقاً بالعاقد؛ لرواية جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام في المرأة تزوج في عدتها، قال: «يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعاً، وإن جاءت بولد لستة اشهر فصاعداً فهو للأخير، وإن جاءت بولد لأقل من ستة اشهر فهو للأول»[1].

الثانية: يفرّق بينهما قطعاً؛ لأنها في عدة الغير، وقد سبق في رواية محمد بن مسلم.

الثالثة: يجب على العاقد المهر بالدخول اذا كانت جاهلة بالتحريم، وبه رواية مقطوعة[2]، إلّا اذا كانت عالمة؛ لأنها زانية، وهو مهر المثل، ويجيء على قول الشيخ السالف[3] لزوم المسمّى.

الرابعة: تعتد منه بعد اكمال العدة الأُولى، ولا يكفيها عدة واحدة؛ لأن تعدد الأسباب يقتضي تعدد المسببات ولمقطوعة محمد بن مسلم[4]. وما يوجد في بعض الأخبار من الاكتفاء بعدة واحدة[5]، محمول على عدم الدخول، جمعاً بين الادلة،

---

(١) التهذيب ٣٠٩:٧ حديث ١٢٨٣.

(٢) الكافي ٤٢٧:٥ حديث ٦، التهذيب ٣٠٨:٧ حديث ١٢٨١.

(٣) المبسوط ٣١٤:٥.

(٤) الكافي ٤٢٧:٥ حديث ٤، التهذيب ٣٠٧:٧ حديث ١٢٧٧، الاستبصار ١٨٧:٣ حديث ٦٨٣.

(٥) التهذيب ٣٠٨:٧ حديث ١٢٧٨، الاستبصار ١٨٨:٣ حديث ٦٨١.

. . . .

وسيأتي ذلك في العدد إن شاء الله تعالى.

الخامسة: لو كان العلم بالتحريم والعدة من أحد الجانبين خاصة والآخر جاهل بأحدهما، فالتحريم إنما هو من طرف العالم دون الجاهل حيث ينتفي التحريم بالجهل، وذلك مع عدم الدخول، وهو مفهوم رواية عبد الرحمن بن الحجاج السالفة[1].

فإن قيل: كيف يعقل التحريم من أحد الجانبين خاصة، فإن أحدهما متى حرم على الآخر لم يجز للآخر التزويج به؛ لما في ذلك من المعاونة على الاثم والعدوان.

قلنا: يمكن التوصل إلى النكاح من المحلل له حيث لا يشعر من تعلق به التحريم بالحال، إما بأن يجهل التحريم، أو يخفى عليه عين الشخص بتخلل مدة طويلة، ونحو ذلك. واستشكله شيخنا الشهيد في بعض حواشيه بعدم النظير، ولا اشكال مع ورود النص[2] بذلك.

لكن يشكل بوجه آخر، وهو إنّا لو جوّزنا العقد في صورة جهل من تعلق به التحريم بالحال لكان اذا تجدد علمه بذلك بعد العقد يلزم اما الحكم ببطلان النكاح الصحيح، أو صحته مع وجود المانع، وكلاهما باطل. ووجه اللزوم أنه إن حكم على من تعلق به التحريم بصحة النكاح لزم الأمر الثاني، أو بفساده لزم الأمر الأول.

والحق أن النكاح لا يعقل صحته من أحد الجانبين دون الآخر، فلا يعقل ثبوت التحريم من أحدهما خاصة، وليس هذا كما لو اختلفا في صحة النكاح وفساده فالحكم ظاهر بالصحة، فإن مدعي الفساد تلحقه أحكام الزوجية ظاهراً، ويجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى العمل بما يعلمه بحسب مقدوره، فاختلف الحكم نظراً إلى الظاهر، وما في نفس الأمر والحكم هنا إنما هو بالنظر إلى نفس الأمر.

السادسة: لا فرق في ذلك بين كون العدة بائنة أو رجعية أو عدة وفاة أو عدة

---

(١) الكافي ٥:٤٢٧ حديث ٣، التهذيب ٧:٣٠٦ حديث ١٢٧٤.

(٢) الكافي ٥:٤٢٧ حديث ٢ و٣، التهذيب ٧:٣٠٧ حديث ١٢٧٤ و١٢٧٦.

. . . .

شبهة؛لاطلاق العدة في النصوص[١]، ولان ترك الاستفصال في حديث عبد الرحمن بن الحجاج[٢] يدل على العموم، ولم يتعرض المصنف لذكر عدة الشبهة لكن الدليل يقتضيه.

وكذا لا فرق في الدخول بين القبل والدبر على أقرب الوجهين؛ لما سيأتي إن شاء الله تعالى من أن الوطء في الدبر يعد دخولاً كالقبل.

وكـذا لا فرق بين كون النكاح متعة ودواماً سوى النكاح الذي منه العدة والنكاح الطارئ؛ لعموم النص[٣].

السابعة: لو تزوج بذات بعل ودخل بها عالماً بالحال حرمت مؤبداً، لأنه زانٍ، والزنا بذات البعل يقتضي التحريم المؤبد.

وكـذا لو دخل جاهلاً على أقرب الوجهين؛ لأن علاقة الزوجية أقوى من علاقة الاعتداد، فيثبت التحريم مع الزوجية بطريق أولى.

ولرواية زرارة عن الباقر عليه السلام: في امرأة فقدت زوجها أو نعي اليها، فتزوجت، ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلّقها قال: «تعتد منهما جميعاً ثلاثة اشهر عدة واحدة، وليس للأخير أن يتزوجها أبدا»[٤]، وفي طريقها ابن بكير وهو فطحي، ومع ذلك فقد دلت على الاكتفاء بعدة واحدة منهما، والمعتمد خلافه.

ومقـطوعـة محمـد بن مسلم قد تضمنت وجوب العدتين[٥]، ونزلها الشيخ في التهذيب على عدم الدخول[٦]، وقوله عليه السلام: «تعتد منهما جميعا» ينافيه، ولو صح

---

(١) الكافي ٥:٤٢٦ حديث ١ ـ ١٥، التهذيب ٧:٣٠٥ حديث ١٢٧٢ ـ ١٢٧٦.

(٢) الكافي ٥:٤٢٧ حديث ٣، التهذيب ٧:٣٠٦ حديث ١٢٧٤.

(٣) الكافي ٥:٤٢٦ حديث ٢، التهذيب ٧:٣٠٧ حديث ١٢٧٦.

(٤) التهذيب ٧:٣٠٨ حديث ١٢٧٩، الاستبصار ٣:١٨٨ حديث ٦٨٢.

(٥) التهذيب ٧:٣٠٧ حديث ١٢٧٧، الاستبصار ٣:١٨٧ حديث ٦٨.

(٦) التهذيب ٧:٣٠٨ ذيل الحديث ١٢٨٠.

وهل وطء الأمة في الاستبراء كالوطء في العدة؟ اشكال.

التنزيل اشكلت بوجه آخر، وهو ثبوت التحريم المؤبد بمجرد العقد مع الجهل بالزوجية، فإنه مع بعده لا قائل به.

ويحتمل عدم التحريم؛ لعدم التنصيص عليه، فيتمسك باصالة الحل، والقياس باطل، والمعتمد الأول ولا قياس بل الحكم من باب التنبيه كما أشار إليه المصنف هنا.

وصرّح به في التحرير وافتى فيه بالتحريم[1]، واستشكله هنا. واعترض بعضهم على أول وجهي الاشكال بوجود النص الدال على التحريم كما اعترف به في التحرير، ولعله لما رأى أن دلالته على المراد غير واضحة لم يلتفت إليه.

ولو تزوج بذات البعل ولم يدخل، فإن كان جاهلاً فلا تحريم؛ لانتفاء المقتضي والتمسك بالأصل، ولو كان عالماً فاشكال ينشأ: من عدم التنصيص، ومن أن الحكم بالتحريم هنا بطريق أولى.

ولا يخفى أن قول المصنف: (ولو تزوجت بذات بعل...) يقتضي أن الاشكال في لحاقه بالتزوج بالمعتدة في جميع الصور، لكن ينبغي استثناء ما اذا تزوج بذات البعل جاهلاً ولم يدخل، فإن المتجه هنا عدم التحريم بغير اشكال، وكذا لو تزوج ودخل عالماً؛ لأنه زانٍ بذات بعل.

الثانية: لو وطأ المعتدة بملك اليمين فهل هو كما لو تزوج في العدة ودخل؟ فيه اشكال ينشأ: من عدم التنصيص، ومن مساواة الوطء بملك اليمين للوطء بالنكاح.

قوله: (وهل وطء الأمة في الاستبراء كالوطء في العدة؟ اشكال).

أي: لو وطأ الأمة في زمان الاستبراء، اما بالنكاح أو بملك اليمين، جاهلاً بكونها مستبرأة أو بالتحريم، أو عالماً، فهل هو كالوطء للمعتدة في العدة؟ فيه اشكال ينشأ: من أن الاستبراء من أقسام العدة فيتناوله النص.

---

(١) التحرير ٢: ١٤.

ولو تزوج بعد الوفاة المجهولة قبل العدة، فالأقرب عدم التحريم المؤبد، ويحتمله وإن زادت المدة عن العدة، وفي المسترابة اشكال.

ومن أنه نوع بانفراده، ولهذا اختص باسم يدل عليه، فلا يتناوله النص الوارد في المعتدة، والأصل. والأصح عدم التحريم، وان المصنف لو قال: ولو تزوج بمستبرأة ففي لحاقه بالمعتدة اشكال، لكان اشمل.

قولـه: (ولو تزوج بعد الوفاة المجهولة قبل العدة، فالأقرب عدم التحريم المؤبد، ويحتمله وإن زادت المدة عن العدة).

لما كانت المتوفى عنها زوجها إنما تحتسب عدتها من حين علمها بالوفاة، فقبله لا تكون معتدة ولا زوجة، كان الأقرب عند المصنف عدم التحريم المؤبد لو تزوجها آخر، عالماً أو جاهلاً، دخل أو لا؛ لانتفاء المقتضي للتحريم، وهو كونها مزوجة أو معتدة. والأصل الحل، فيتمسك به إلى أن يحصل الناقل.

ويحتمل التحريم المؤبد؛ لأنه لو تزوجها بعد هذا الزمان في زمان العدة لاقتضى التحريم، ففيه أولى؛ لأنه أقرب إلى زمان الزوجية. ولا فرق بين كون المدة المتخللة بين الوفاة والعدة زائدة على قدر العدة أو مساوية أو ناقصة؛ لأن العدة إنما تكون بعد العلم بالوفاة، وإن تراخى زمانه فجميع ما قبله سواء في الحكم، قل أو كثر، ولا يخفى أن الأولوية ممنوعة، والقياس لا نقول به، وعدم التحريم أقرب.

واعلم أن الضمير المستتر في قوله: (ويحتمل) يعود إلى مادل عليه السياق، وهو المبحث أو المقام، والبارز يعود إلى التحريم المؤبد، أي: ويحتمل هذا المبحث التحريم المؤبد إلى آخره.

قوله: (وفي المسترابة اشكال).

لو طلّق المسترابة بالحمل بائناً، وفرضها أن تعتد بثلاثة أشهر، فرأت الدم قبل انقضاء الشهر الثالث، فإنه سيأتي إن شاء الله تعالى أنها تتربص مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة اشهر، فإذا تزوجها آخر في مدة التربص عالماً بالحال والتحريم ودخل بها، ففي

ج: لو زنا بذات البعل أو في عدة رجعية، حرمت عليه أبداً. ولو لم يكن احداهما لم تحرم، سواء كانت ذات عدة بائن أو لا وإن كانت مشهورة بالزنا.

تحريمها مؤبداً اشكال ينشأ: من أن ذلك ليس زمان العدة؛ لقولهم انها تعتد بعد ذلك بثلاثة أشهر فليست معتدة ولا زوجة، فينتفي التحريم، ومن أنها في حكم المعتدة؛ لأن الطلاق يقتضي وجوب الاعتداد، ولا يزول ذلك، إلاّ بانقضاء العدة. ولأن هذا اقرب إلى زمان الزوجية من زمان العدة، فيثبت التحريم بطريق أولى.

واعلم أن المصنف إنما افتى بعدم التحريم في الوفاة المجهولة، واستشكل هنا؛ لأن المدة بعد الوفاة المجهولة لا تعد عدة بحال من الأحوال، وفي المسترابة يتحقق الشروع في العدة بالأشهر، ثم تبين بطلان ذلك بحصول الحيض، ويعيّن الاعتداد بالاقراء، وصار ما قبل الحيض وما بعده محسوباً منها، فلما تأخر الحيض وجب التربص مدة الحمل ثم الاعتداد، فظهر أن تلك المدة أقرب إلى العدة من المدة بعد الوفاة المجهولة، وفي الحكم عندي تردد، والتحريم أحوط.

قوله: (الثالثة: لو زنا بذات بعل أو في عدة رجعية، حرمت عليه أبداً، ولو لم تكن احداهما لم تحرم، سواء كانت ذات عدة بائن أو لا وإن كانت مشهورة بالزنا).

أجمع الأصحاب على أن من زنا بذات بعل حرمت عليه مؤبداً، وقد روى محمد أبن يعقوب،عن عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، رفعه: «إن الرجل اذا تزوج المرأة وعلم أن لها زوجاً فرّق بينهما ولم تحل له أبداً»[1]. وهو شامل لمحل النزاع؛ لأن ذلك شامل لما اذا دخل بها عالماً بأن لها زوجاً فإنه زان حينئذٍ، وإن احتمل اختصاص الحكم بحال العقد دون مطلق الزنا.

---

(١) الكافي ٥:٤٢٩ حديث ١١.

. . . .

وذات العدة الرجعية زوجة بخلاف البائن، فلو زنا بذات العدة البائن لم تحرم عليه؛ للأصل، واختصاص النص بما اذا عقد عليها[1].

وأشار بقوله: (وإن كانت مشهورة بالزنا) إلى رد قول المفيد[2]، والشيخ في النهاية[3]، واتباعهما[4]، فإنهم قالوا: إن من فجر بامرأة وهي غير ذات بعل لم يكن له العقد عليها إلاّ اذا ظهر منها التوبة والاقلاع.

واعتبر في النهاية في توبتها أن يدعوها إلى الزنا فلا تجيبه، والأصح مختار المصنف؛ للأصل، ولما رواه الحلبي في الصحيح، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «أيما رجل فجر بامرأة حراماً، ثم بدا له أن يتزوجها، قال: أوله سفاح وآخره نكاح، فمثله كمثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها ثم اشتراها بعده فكانت له حلالاً»[5].

احتجوا بما رواه أبو بصير، قال: سألته عن رجل فجر بامرأة ثم أراد بعد أن يتزوجها، قال: «اذا تابت حل له نكاحها». قلت: كيف تُعرف توبتها؟ قال: «يدعوها إلى ما كان عليه من الحرام، فإن امتنعت واستغفرت ربها عرف توبتها»[6]، وفي معناها رواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام[7].

أجاب في المختلف بالطعن في سند الروايتين، مع أن رواية أبي بصير غير مسندة إلى امام. وبالحمل على الكراهية، قال: مع أن في مضمونها اشكالا[8].

---

(١) البقرة: ٢٣٥.

(٢) المقنعة: ٧٧.

(٣) النهاية: ٤٥٨.

(٤) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٢٨٦، وابن البراج في المهذب ٢:١٨٨.

(٥) الكافي ٥:٣٥٦ حديث ٢، التهذيب ٧:٣٢٧ حديث ١٣٤٥.

(٦) الفقيه ٣:٢٦٤ حديث ١٢٥٧، التهذيب ٧:٣٢٧ حديث ١٣٤٨، الاستبصار ٣:١٦٨ حديث ٦١٤.

(٧) الكافي ٥:٣٥٥ حديث ١، التهذيب ٧:٣٢٨ حديث ١٣٤٩، الاستبصار ٣: ١٦٨ حديث ٦١٥.

(٨) المختلف: ٥٢٧.

ولو أصرت امرأته على الزنا فالأصلح أنها لا تحرم.

وهل الأمة الموطوءة كذات البعل؟ نظر.

قلت: لعل الاشكال من جهته أن دعائه اياها الى الحرام يتضمن اغرائها بالقبيح، وهو محرّم.

قوله: (ولو أصرت امرأته على الزنا فالأصح أنها لا تحرم).

ذهب المفيد[١] وسلار[٢] إلى أن من أصرت زوجته والعياذ بالله على الزنا حرمت عليه؛ لأن اعظم فوائد النكاح التناسل، والغرض من شرعية الحد والرجم للزاني حفظ الانساب عن الاختلاط، وهذا المحذور قائم مع اصرار الزوجة على الزنا.

وجوابه: إن الزاني لا نسب له ولا حرمة لمائه، والأصح عدم التحريم؛ لقوله عليه السلام: «لا يحرّم الحرام الحلال»[٣]، وما رواه عباد بن صهيب عن الصادق عليه السلام قال: «لا بأس بأن يمسك الرجل زوجته إذا رآها تزني اذا كانت تزني وإن لم يقم عليها الحد فليس عليه من اثمها شيء»[٤].

قوله: (وهل الأمة الموطوءة كذات البعل؟ نظر).

أي: هل الأمة الموطوءة بالملك كذات البعل في أنها تحرم مؤبداً على من زنا بها؟ فيه نظر ينشأ: من أصالة الحل وانتفاء النص، ومن أن الوطء بملك اليمين كالنكاح. ومن ثم تعلق به أحكام المصاهرة، ولاشتراكهما في المعنى المقتضي لتحريم الزنا، وهو صيانة الأنساب عن الاختلاط.

والكل ضعيف، فإن المساواة في بعض الأحكام لا يقتضي المساواة في الجميع، والاشتراك في المعنى المقتضي لتحريم الزنا لا يقتضي التحريم المؤبد، والأصح عدم التحريم.

---

(١) المقنعة: ٧٧.

(٢) المراسم: ١٤٩.

(٣) التهذيب ٧: ٢٨٣ حديث ١١٩٨، الاستبصار ٣: ١٦٥ حديث ٥٩٥، سنن البيهقي ٧: ١٦٩.

(٤) التهذيب ٧: ٣٣١ حديث ١٣٦٢.

د: لو أوقب غلاماً أو رجلاً حياً أو ميتاً على اشكال، حرمت عليه أُم الغلام أو الرجل واخته وبنته مؤبداً من النسب، وفي الرضاع والفاعل الصغير اشكال.

قوله:(الرابعة: لو أوقب غلاماً أو رجلاً حياً أو ميتاً على اشكال، حرم عليه ام الغلام أو الرجل وبنته واخته مؤبداً من النسب، وفي الرضاع والفاعل الصغير اشكال).

أطبق الأصحاب على أن من لاط بغلام أو رجل فأوقبه حرمت عليه أُم الغلام واخته وبنته، والأصل في ذلك ما رواه ابن أبي عمير في الصحيح عن رجل عن الصادق عليه السلام: في الرجل يلعب بالغلام قال: «اذا أوقب حرم عليه اخته وبنته»[١].

وروى ابراهيم بن عمير عن الصادق عليه السلام: في رجل لعب بغلام هل تحل له أُمه؟ قال: «إن كان قد ثقب فلا»[٢]، ولأنه يصدق أنها بنت من وطأه وامه، فحرمتا عليه كالانثى، وهنا مسألتان:

الأُولى: لا خلاف في تعلق التحريم بالفعل المذكور إذا كان المفعول به حياً، أما الميت ففيه اشكال ينشأ: من عموم النص الصادق على الميت، ومن خروجه بالموت عن كونه مشتهى طبعاً وتعلق أحكام الاحياء به، ومن أن المتبادر إلى الفهم من النص إنما هو الحي دون الميت، والتحريم ليس ببعيد.

الثانية: هل الأُم والأُخت والبنت من الرضاع كاللاتي من النسب في التحريم؟ فيه اشكال ينشأ: من أن صدق الأُم والبنت والأُخت عليهن إنما هو بطريق المجاز؛ لأن الحقيقة إنما هي مع الولادة، فلا يتناولهن النص الوارد بالتحريم[٣].

---

(١) الكافي ٥: ٤١٧ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣١٠ حديث ١٢٨٦.

(٢) التهذيب ٧: ٣١٠ حديث ١٢٨٧.

(٣) المصدرين السابقين.

ويتعدى التحريم إلى الجدات وبنات الأولاد، دون بنت الأُخت.

ولو سبق العقد لم يحرم، وكذا دون الايقاب لا يحرم.

ومن عموم قوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[1] مع امكان ادعاء الحقيقة؛ لأنه سبحانه سمّى المرضعة أماً، والأصل في الاستعمال الحقيقة. وكيف كان فالتحريم اقوى؛ لعموم الاحاديث في الرضاع.

وكذا الاشكال لو كان الفاعل صغيراً، ومنشؤه: من أن التحريم الوارد في النص دليل على أن هذا الحكم إنما هو في البالغ؛ لامتناع تعلق التحريم بالصبي. ومن أن النص خرج مخرج الغالب؛ لأن هذا الفعل إنما يقع غالباً من البالغ.

ولأنه بعد البلوغ يصدق عليه أنه رجل أوقب غلاماً فيتعلق به التحريم؛ لعموم النص[2] لمن تقدم ايقابه على البلوغ ومن تأخر عنه، وحينئذٍ فيكون الحكم بالتحريم قبل البلوغ متعلقاً بالولي ولأن أحكام المصاهرة لا يفرق فيها بين البالغ والصبي، والفرد النادر يلحق بالأعم الغالب، والتحريم أقوى.

قوله: (ويتعدى التحريم إلى الجدّات وبنات الأولاد دون بنت الأُخت).

أي: يتعدىٰ التحريم على الفاعل إلى جدّات المفعول وإن بعدن، لأب كن أو لأم ؛ لصدق الأُم على كل منهن، وكأن هذا الحكم متفق عليه بين الأصحاب. وكذا القول في بنات أولاده، سواء بنات الذكور أو الاناث، أما بنت الأُخت فلا؛ للأصل؛ ولأن اسم الأُخت لا يقع عليها بحال من الأحوال.

قوله: (ولو سبق العقد لم يحرم، وكذا دون الايقاب) .

أما إذا سبق العقد فلقولهم عليهم السلام: «لا يحرّم الحرام الحلال»[3]، وأما اذا

---

(١) الفقيه ٣:٣٠٥ حديث ١٤٦٧، سنن ابن ماجة ١:٦٢٣ حديث ١٩٣٧.

(٢) الكافي ٥:٤١٧ حديث ٢، التهذيب ٧:٣١٠ حديث ١٢٨٦.

(٣) التهذيب ٧:٢٨٣ حديث ١١٩٨، الاستبصار ٣:١٦٥ حديث ٥٩٥، سنن البيهقي ٧:١٦٩.

ولـو أوقب خنثى مشكـل أو أُوقب فالأقرب عدم التحريم،

لم يوقب فلمفهوم قوله عليه السلام: «اذا أوقب حرم عليه اخته وابنته»[١]. وكذا في الحديث الآخر[٢]، وقد تقدما، وللأصل.

فــرع :لو أوقب ثم طلّق إحدى الثلاث فهل يجوز تجديد النكاح؟ فيه تردد.

قوله: (ولو أوقب خنثى مشكل أو أُوقب فالأقرب عدم التحريم).

أي: لو أوقب خنثى مشكـل ذكـراً أو أُوقب أي: أوقبه ذكر فالأقرب عند المصنف عدم التحريم.

ووجه القرب: إن السبب المقتضي للتحريم هو ايقاب الذكر ذكراً، والذكورية مشكـوك فيهـا في الصـورتين، والشك في السبب يقتضي الشك في المسبب فينتفي التحريم؛ تمسكاً بأصالة الاباحة. ويحتمل التحريم؛ للاحتياط، ولأن ذلك يجري مجرى اشتباه المحرم بالأجنبية، ولأن الحرام يغلب الحلال عند التعارض. وفيه ضعف؛ لأن الاحتياط لا يجب المصير إليه.

والفرق بين هذا وبين اشتباه المحرم بالأجنبية وجود من يقطع بتحريم نكاحه في الثاني، بخلاف ما نحن فيه، واغلبية الحرام الحلال دائرة مع تحقق الحرام، والأقرب ما قرّبه المصنف. واعلم أن شيخنا الشهيد ذكر هنا بحثين:

الأول: إنه ينبغي الجزم بتحريم الأُم والبنت إذا كان مفعولاً؛ لأن التحريم فيهما لازم على تقدير ذكوريته وأُنوثيته، فيكون الاشكال في الاخت لاغير على القول بنشر الزنا، وفيه نظر؛ لأن مناط هذا البحث هو الايقاب الذي هو اعم من ادخال الحشفة، والتحريم به للام والبنت إنما هو في الذكر دون الانثى.

---

(١) الكافي ٥:٤١٧ حديث ٢، التهذيب ٧:٣١٠ حديث ١٢٨٦.

(٢) التهذيب ٧:٣١٠ حديث ١٢٨٧.

. . . .

نعم، لو بلغ بالايقاب ادخال الحشفة تم ماذكره، فما أورده غير وارد. نعم ينبغي أن يفصل في هذا المقام بأن تغييب الحشفة في دبر الخنثى يقتضي تحريم الام والبنت عند من ينشر الحرمة بالزنا، وبدونه الأقرب عدم التحريم.

الثاني: إن الاشكال هنا غير وارد أصلاً، سواء كان فاعلاً أو مفعولاً؛ لأن البحث إما مع بقاء الاشتباه أو مع زواله، فإن كان فاعلاً فمع الاشتباه يحرم عليه جميع بنات آدم ويحرم على رجالهم؛ لا شتراط التزويج بتحقق الذكورة والانوثة.

ومع الوضوح اظهر؛ لأنه إن كان فاعلاً فظهرت الذكورة يتحقق الحكم بالتحريم، وإلّا تحقق عدمه. وإن كان مفعولاً فمع الذكورة يثبت التحريم على الفاعل، وبدونه يتخلف في الاخت، فلا يتأتى الاشكال هنا أصلاً، إلّا على تقدير الحكم بجواز تزويج الخنثى المشكل.

قال: وفي الارث في قولهم: اذا كان زوجاً أو زوجة، اشعار بجوازه.

قلت: لا ريب أن المصنف لا يريد بما ذكره ما اذا وضح الحال، بل حيث يكون الاشتباه حاصلاً.

ولا يرد عليه ما أورده إذا كان مفعولاً؛ لأن تحريم أُمه واخته وبنته على تقدير عدم ادخال الحشفة محتمل، نظراً إلى أن الخنثى مأخوذ فيه بأحوط الأمرين، ولهذا حكم بتحريم النظر إليه على الرجال والنساء. وهذا وإن كان محتملاً إلّا أنه ضعيف؛ لأن حل النظر وما جرى مجراه ليس له أصل يتمسك فيه، بخلاف أُم الخنثى وابنته واخته؛ لأن الأصل فيهن الحل، فلا ينتقل عنه بمجرد الاحتمال.

نعم، ما أورده على تقدير كونه فاعلاً وارد. ولك أن تقول: ما أورده على هذا التقدير أيضاً غير وارد؛ لأن البحث في ثبوت التحريم بهذا الفعل وهو غير معلوم؛ للشك في سببه.

والتحريم المحكوم بثبوته هو التحريم بسبب اشتباه ذكوريته وأنوثيته،

وحدّ الايقاب ادخال بعض الحشفة ولو قليلا.

أما الغسل فإنما يجب بغيبوبة الجميع، ولا يحرم على المفعول بسببه شيء.

هـ: لو عقد المحرم فرضاً أو نفلاً احرام حج أو عمرة بعد افساده

وأحدهما غير الاخر، لكن جدوى ذلك قليلة؛ لأن التحريم مستند إلى الاشتباه، واذا زال اتضح الحال بالنسبة إلى ما نحن فيه أيضاً.

قوله:(وحد الايقاب ادخال بعض الحشفة ولو قليلاً، أما الغسل فإنما يجب بغيبوبة الجميع).

وقب الشيء يقب وقباً: أي دخل، ووقبت الشمس وقباً ووقوباً غابت، والقمر دخل في الكسوف، ووقب الظلام دخل.

والحاصل: إن الايقاب دائر مع الادخال، وهو متحقق في ادخال بعض الحشفة. بخلاف الغسل، فإنما يثبت مع تغيبها، وقد نصّ على ذلك ابن ادريس[1]، وكذا الدخول بالمرأة قبلاً أو دبراً إنما يتحقق مع تغيبها.

قوله: (ولا يحرم على المفعول بسببه شيء).

أي: فلا يحرم عليه أُم اللائط ولا بنته ولا أُخته عند جميع علمائنا؛ للأصل، ولقوله تعالى:﴿واحل لكم ما وراء ذلكم﴾[2] مع انتفاء المعارض، وعن أحمد رواية أنه يحرم على الغلام أم اللائط وبنته[3].

قوله: (الخامسة: لو عقد المحرم ـ فرضاً أو نفلاً، احرامَ حج أو عمرة،

---

(١) السرائر: ٢٨٧.

(٢) النساء:٢٤.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٤٨٤:٧،الشرح الكبير ٤٨٢:٧.

أولاً على امرأة عالماً بالتحريم، حرمت أبداً وإن لم يدخل. وإن كان جاهلاً فسد عقده ، وجاز له العود بعد الاحلال ، فإن دخل قيل: تحرم مؤبداً،

بعد افساده أولا ـ على المرأة عالماً بالتحريم حرمت أبداً وإن لم يدخل، وإن كان جاهلاً فسد عقده وجاز له العود بعد الاحلال، فإن دخل قيل: يحرم مؤبداً).

اذا عقد المحرم على امرأة عالماً بالتحريم، فقد اطلق الشيخ في النهاية تحريمها عليه مؤبداً، وإن جهل التحريم فقد أطلق عدم التحريم، إلّا أن العقد فاسد فيفرّق بينهما، ولهما تجديده بعد الاحلال، ولم يفرق في الموضعين بين الدخول وعدمه[١] فمقتضاه التحريم مع العلم مطلقاً وعدمه مع الجهل مطلقا.

وتبعه ابن البراج[٢]، وكذا ابن ادريس في الحج[٣]، وكذا أطلق المفيد التحريم مؤبدا بالعقد مع العلم بالتحريم، ولم يتعرض بحال الجهل[٤]،واطلق سلار التحريم مؤبداً بالعقد، ولم يتعرض إلى التقييد بالعلم والجهل ولا إلى التفصيل بالدخول وعدمه[٥]، وكذا ابن بابويه[٦].

وذهب في الخلاف الى التحريم مؤبداً بالعقد مع العلم وإن لم يدخل ومع الجهل إن دخل[٧] ،ويلوح من كلام ابن حمزة موافقته[٨] وقريب منه كلام أبي الصلاح[٩] .

---

(١) النهاية: ٤٥٣.

(٢) المهذب ٢: ١٨٣.

(٣) السرائر: ١٣٠.

(٤) المقنعه: ٧٧.

(٥) المراسم: ١٤٩.

(٦) المقنع: ١٠٩.

(٧) الخلاف ٢: ٢٢٠ مسألة ٩٩ كتاب النكاح.

(٨) الوسيلة: ٣٤٣.

(٩) الكافي في الفقه: ٢٨٦.

ولا تحرم الزوجة بوطئها في الاحرام مطلقاً.

و: المطلقة تسعاً للعدة ينكحها بينها رجلان تحرم مؤبداً، ولا يشترط التوالي، فلو تخلل التسع طلقات للسنة وكملت التسع للعدة حرمت ابداً.

قال المصنف في المختلف: والذي بلغنا في هذا الباب ما رواه زرارة عن الصادق عليه السلام: «والمحرم اذا تزوّج وهو يعلم أنه حرام عليه لايحل له أبداً»[1]، قال: ومقتضى هذه الرواية التحريم مع العلم سواء دخل أو لا، وعدمه مع الجهل سواء دخل أو لا عملاً بالمفهوم، هذا كلامه[2]، وهو صحيح في موضعه.

وضعف دلالة المفهوم غير قادح؛ لاعتضادها بالأصل، على أنها لو لم يعتبر هنا لزم الحكم بالتحريم المؤبد على كل حال، مع العلم والجهل، مع الدخول وعدمه، إلّا أن يقال: انتفاء التحريم مع الجهل وعدم الدخول بالاجماع، والأصح مختار المصنف.

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا فرق بين أن يكون الاحرام فرضاً أو نفلاً، بحج أو عمرة، لنفسه ولغيره، أفسده أو لا؛ لاطلاق النص[3].

قوله: (ولا تحرم الزوجة بوطئها في الاحرام مطلقاً).

أراد بالاطلاق ما يعم الأحوال من علمه بالتحريم وعدمه، والدخول وعدمه، وكون الاحرام فرضاً أو نفلاً إلى آخره. دليل ذلك قبل الاجماع أصالة عدم التحريم، وانتفاء المعارض.

قوله: (السادسة: المطلقة تسعاً للعدة ينكحها بينها رجلان تحرم مؤبدا، ولا يشترط التوالي، فلو تخلل التسع طلقات للسنة وكملت التسع

---

(١) المختلف: ٥٣٣.

(٢) الكافي ٥:٤٢٦ حديث ١، التهذيب ٧:٣٠٥ حديث ١٢٧٢.

(٣) الكافي ٥: ٤٢٦ حديث ١، التهذيب ٧: ٣٠٥ حديث ١٢٧٢.

وفي الأمـة اشكال، أقربه التحريم في التسع إذا نكحها بعد كل طلقتين رجل.

للعدة حرمت أبداً، وفي الأمة اشكال، أقربه التحريم في التسع إذا نكحها بعد كل طلقتين رجل).

اتفق أصحابنا على أن المطلقة تسعاً للعدة تحرم على زوجها مؤبداً، وبذلك وردت الأخبار عن أهل البيت عليهم السلام[1].

والمراد بذلك أن يطلقها على الشرائط ثم يراجعها في العدة ويطأ، ثم يطلق في طهر آخر، ثم يراجع في العدة ويطأ، ثم يطلق الثالثة فينكحها بعد عدتها زوج آخر، ثم يفارقها بعد أن يطأها فيتزوجها الأول بعد العدة، ويفعل كما فعل أولاً فينكحها زوجاً غيره بعد انقضاء عدتها من التطليقة الثالثة ويطأ، فيتزوجها الأول بعد مفارقة هذا الزوج لها وانقضاء عدتها منه، ويفعل كما فعل اولاً وثانيا.

فحينئذٍ يتحقق كونها مطلقة تسعاً للعدة، ينكحها بينها رجلان فتحرم مؤبداً.

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا يشترط التوالي في تطليقات العدة ليثبت التحريم المؤبد؛ لانتفاء الدليل الدال على ذلك، فإن كلام الأصحاب ونصوصهم بذلك مطلقة خالية من هذا القيد، فلو تخلل التسع للعدة طلقات للسنة، فإنها بعد استكمال التسع للعدة تحرم مؤبداً، وإنما عبّر المصنف بالطلقات جمعاً ولم يذكر تخلل الطلقة الواحدة؛ لأن الطلقة الثالثة لا تكون إلّا للسنة. وإنما يجعل في حكم العدة إذا كانت الاوليان للعدة على ما سيأتي في كلامه إن شاء الله تعالى.

فمتىٰ وقعت الأُولى أو الثانية للسنة لم تكن الثانية للعدة، فلا يتصور تخلل طلقة واحدة للسنة، هذا حكم الحرة. أما الأمة ففي حكمها اشكال ينشأ: من تعدد الاحتمالات، وتعارض الامارات.

---

(١) الكافي ٥: ٤٢٨ حديث ٩ و ١٣، التهذيب ٧: ٣١١ حديث ١٢٨٩.

. . . .

وتحقيق ذلك أن النص ورد بأن من يطلّق امرأته تسعاً للعدة ينكحها بينهما رجلان حرمت عليه مؤبداً[1]، وهذا إنما يكون في الحرة؛ لأن الافتقار إلى المحلل بعد الثلاث إنما يكون في الحرة، فيحتمل في الأمة التحريم مؤبداً بالست؛ لأن كل طلقتين في الأمة بمنزلة الثلاث في الحرة، ولأنه أحوط، ولأن نكاح رجلين المعتبر بين التسع في الحرة يتحقق بين الست في الأمة.

ويحتمل اعتبار التسع فيها كالحرة بطريق أولى؛ ولأنها اذا طلّقت تسعاً ينكحها بعد كل طلقتين رجل، صدق أنه نكحها بين التسع رجلان،فإن نكاح أكثر من رجلين لها لا يمنع صدق نكاح رجلين اياها.

ويحتمل عدم التحريم أصلاً؛ لأن ظاهر النص أن مورده الحرة، فيتمسك في الأمة بأصالة بقاء الحل، ولأن شرط التحريم أمران: التسع، ونكاح رجلين بينها. والتسع في الأمة ينكحها بينها أربعة رجال.

لا يقال: إذا نكحها أربعة فقد نكحها اثنان، فلا يمنع الصدق.

لأنا نقول: المتبادر نكاح رجلين خاصة، فعلى احتمال التسع ـ وهو مقرب المصنف هنا ـ يحتمل اعتبار التسع للعدة حقيقة، على خلاف حكم الحرة؛ لأن التسع فيها إنما يقع منها ست للعدة وثلاث للسنة، واطلاق اسم العدة عليها مجاز تسمية للجميع باسم الأكثر.

أو من باب المجاورة، والمجاز لا يطرد، فيعتبر في التسع للعدة في الأمة الحقيقة، ولا يتحقق إلّا بثماني عشرة تطلقة، إذ لا تكون السابعة عشرة للعدة إلّا إذا رجع في العدة ووطأ، ولا تتحقق البينونة بعده بغير طلاق، إذ يبعد حصول التحريم بالوطء بعد الرجوع.

---

(١) الكافي ٥: ٤٢٦ حديث ١، التهذيب ٧: ٣٠٥ حديث ١٢٧٢.

تنبيه: اطلاق الأصحاب كون التسع للعدة مجاز؛ لأن الثالثة من كل ثلاث ليست منها بل هي تابعة للأوليين، فلو وقعت الثانية للسنة فالذي للعدة الأولى لا غير، ولو كانت الأُولى فكذلك على الأقوى.

ويحتمل الاكتفاء بالتسع؛ لأن النص[1] غير مقيّد بالحرة، والمجاز لا بد من ارتكابه، فيكون فيها أربع للعدة وخمس للسنة، وأنا في هذه والثانية من المتوقفين.

قوله: (تنبيه: اطلاق الأصحاب كون التسع للعدة مجاز؛ لأن الثالثة من كل ثلاث ليست منها، بل هي تابعة للاولتين، فلو وقعت الثانية للسنة فالذي للعدة الأُولى لا غير، ولو كانت الأُولى فكذلك على الأقوى) .

نقّح المصنف رحمه الله هذا المبحث بأنه ليس المراد من كون التسع تطليقات للعدة الحقيقة؛ لامتناع كون التسع للعدة إذا تخللها نكاح رجلين فقط كما هو واضح، فيتعيّن ارادة المجاز باطلاق اسم طلاق العدة هنا على إطلاق السنة.

ولا ريب أن هذا الاطلاق المجازي يحتمل نوعين من انواع المجاز: أحدهما المجاز للمجاورة، وثانيهما تسمية الكل باسم اكثر اجزاءه.

ويتفرع على هذا مسألتان:

الأُولى: لو طلّق الأُولى للعدة والثانية للسنة فلا ريب في انتفاء اسم العدة عن الثالثة؛ لانتفاء كل من المعنيين الذين هما علاقة التجوز هنا.

الثانية: لو كانت الأُولى للسنة والثانية للعدة فهل الثالثة للعدة؟ فيه احتمالان:

أحدهما: نعم؛ لأن المعنى الأول موجود هنا، فيتحقق الصدق مجازاً، بناء على أن ذلك المعنى هو علاقة التجوز هنا.

وثانيهما: ـ وهو الأقوى عند المصنف وعليه الفتوى ـ لا؛ لأن تبعية الطلقة

---

(١) الكافي ٥: ٤٢٦ حديث ١، التهذيب ٧: ٣٥ حديث ١٢٧٢.

أما الأمة فإن قلنا بتحريمها في الست فالأقوى تبعية الثانية للأُولى.

ز: من فجر بعمته أو خالته، قربتا أو بعدتا، حرمت عليه بنتاهما أبداً.

ولو وطأ لشبهة فالأقرب عدم التحريم، ولو سبق العقد الزنا فلا تحريم،

لغيرها على خلاف الأصل، من حيث أنه مجاز، ومن جهة استلزامه التحريم المؤبد، فيقتصر فيه على مورد النص، فإن من خواص المجاز عدم الاطراد، ولامكان أن يكون علاقة التجوز هو المعنى الثاني.

قوله: (أما الأمة، فإن قلنا بتحريمها في الست فالأقوى تبعية الثانية للأُولى).

مقصود العبارة أن كون الأقوى اعتبار تبعية الثالثة في صدق كونها للعدة للاولتين إذا كانتا للعدة دون الثانية إذا كانت هي خاصة للعدة، إنما هو في الحرة خاصة دون الأمة لو قلنا بتحريمها في الست، فهنا يحكم بتبعية الثانية للأُولى لعلاقة المجاورة؛ لانتفاء علاقة الاكثرية، فإن ذلك في الأمة ممتنع، لافتقارها إلى المحلل بعد كل تطليقتين.

ويحتمل على هذا القول اعتبار اثنى عشرة تطليقة فيها، إذ لا يلزم من انتفاء احدى علاقتي التجوز وجوب اعتبار الأُخرى، إذ لا دليل على وجوب ارتكاب المجاز هنا، والأصل الحقيقة، فلا يعدل عنه إلّا لدليل.

ولا يخفى أن هذين الاحتمالين يتأتيان على مقرب المصنف أيضاً، وهو تحريم الأمة بالتسع كالحرة.

قوله: (السابعة: مَن فجر بعمته أو خالته، قربتا أو بعدتا، حرمت عليه بنتاهما أبداً، ولو وطأ بشبهة فالأقرب عدم التحريم) .

اطبق أكثر الأصحاب على أن مَن زنى بعمته أو خالته حرمت عليه ابنتاهما مؤبداً، وقد رواه أبو أيوب عن الصادق عليه السلام قال: سأله محمد بن مسلم وأنا

. . . .

جالس عن رجل نال من خالته وهو شاب ثم ارتدع أيتزوج ابنتها؟ قال: «لا» قال: إنه لم يكن أفضى إليها إنما كان شيء دون ذلك، قال «كذب»[١]، وهذه الرواية إنما تضمنت حكم الخالة.

وأما العمة فذكرها الأصحاب، ولم يصرح أحد منهم بمخالفته في ذلك إلّا ابن ادريس، فإن كلامه يشعر بتوقفه في التحريم فإنه قال: إن كان على المسألة اجماع فهو الدليل، ثم قال ما حاصله: إن الاجماع لا يتحقق بقول جماعة عرفت أسماؤهم وانسابهم، فإن حجية الاجماع إنما هي بدخول المعصوم، ولا يتحقق دخوله على الوجه المذكور[٢].

قال المصنف في المختلف: ولا بأس بالتوقف في هذه المسألة[٣]. وما ذكره عجيب فإنه ذهب في المختلف إلى أن الزنا ينشر حرمة المصاهرة[٤]، وذلك في العمة والخالة أولى؛ لأن ذلك أفحش، والمختارالتحريم لما سبق من أن الزنا مطلقاً ينشر.

ويزيد عليه عدم وجود مخالف من الأصحاب، فلا أقل من أن يكون ذلك اجماعاً سكوتياً، ولا يضر توقف ابن ادريس للعلم باسمه ونسبه، وللرواية المذكورة، فإنها متقوية ومنجبرة بعمل أكثر الأصحاب، واشتهارها في المذهب، وعدم وجود المعارض، وهي وإن لم تتضمن سوى الخالة إلّا أنه ليس في الأصحاب من فرق بينهما.

ولا فرق بين كون العمة والخالة قريبتين أو بعيدتين؛ لاطلاق كلام الأصحاب[٥]، والرواية[٦]، ولما سبق من أن الزنا ينشر حرمة المصاهرة مطلقاً.

---

(١) التهذيب ٧: ٣١١ حديث ١٢٩١.

(٢) السرائر: ٢٨٨.

(٣) المختلف: ٥٢٥.

(٤) المختلف: ٥٢٢.

(٥) التهذيب ٧: ٣١٣ حديث ١٢٩١.

(٦) منهم الشيخ المفيد في المقنعة ٧٧، والسيد المرتضى في الانتصار: ١٠٨، والشيخ الطوسي في النهاية.

وفي بنتيهما مجازاً أو رضاعا اشكال.

إذا عرفت ذلك، فهذا حكم ما اذا كان الوطء بالزنا، فلو وطأ بالشبهة فالأقرب عند المصنف عدم التحريم، وذلك بناءً منه على أن الوطء بالشبهة مطلقاً لا ينشر الحرمة.

أما على القول بأنه ينشر فالتحريم هنا بطريق أولى، نظراً إلى شدة الفحش، وورود النص على التحريم بالزنا.

ووجه القرب: أصالة الحل، وانتفاء المقتضي للتحريم على ذلك التقدير. والنص إنما ورد على الزنا فيقتصر على مورده، ويحتمل التحريم حينئذ؛ لأن الزنا إذا قام مقام النكاح الصحيح في تحريم المصاهرة فالشبهة بطريق أولى، لأنه أقرب إلى النكاح الصحيح من الزنا، فهو أحرى بلحوق أحكامه به. وهذا كله بناء على عدم ثبوت حرمة المصاهرة بمطلق وطء الشبهة، ونحن لا نقول به، فالمختار حينئذٍ التحريم بالشبهة هنا.

ولا يخفى أن ذلك إنما هو اذا تقدّم الفجور على النكاح، أما اذا تقدّم النكاح الصحيح فإنه لا يفسد بذلك؛ لأن الحرام لا يفسد الحلال كما ورد في عدة أخبار[1].

قوله: (وفي بنتهما مجازاً أو رضاعاً اشكال) .

المراد بـ (بنتهما مجازاً) هنا: هو بنتهما وإن نزلتا.

وأشار بقوله: (مجازاً) الى أن الاشكال إنما يجيء على القول بأن بنت البنت بنت مجازاً، أما على القول بأنها بنت حقيقة فلا شبهة في تحريمها مؤبداً كالبنتين للصلب.

ومنشأ الاشكال: من وقوع اسم البنت على بنت البنت في الجملة، ولمشاركتها لبنت الصلب في المقتضي لتحريم هذا الفعل الفاحش إياها مؤبداً. ومن عدم

---

(١) الكافي ٥: ٤١٥ حديث ١ـ٦، التهذيب ٧: ٣٣٠ حديث ١٣٥٨.

ح: لا يحل وطء الزوجة الصغيرة قبل أن تبلغ تسعاً، فإن فعل لم تحرم على الأصح إلّا مع الافضاء.

اندراجها في النص وكلام الأصحاب، والأصل الاباحة.

وهذا إنما هو على القول بأن مطلق الزنا لا ينشر حرمة المصاهرة. أما على القول به كما اخترناه فلا بحث في التحريم هنا، وبدونه الاشكال قائم.

وأما بنتاها من الرضاع فمنشأ الاشكال فيهما: من أن الرضاع يحرم منه ما يحرم من النسب كما سبق غير مرة. ومن عدم تناول النص وكلام الأصحاب للبنت من الرضاع، والأصل الاباحة. والأصح هنا التحريم؛ لعموم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[1].

قوله: (الثامنة: لا يحل وطء الزوجة الصغيرة قبل أن تبلغ تسعاً، فإن فعل لم تحرم على الأصح إلّا مع الافضاء).

لا خلاف في أنه لا يحل الدخول بالزوجة حتى تبلغ تسع سنين، فإن أقدم على ذلك لم تحرم على أصح القولين إلّا مع الافضاء.

قال الشيخ في النهاية: إنما تحرم بالدخول مؤبداً[2]؛ لمرسلة يعقوب بن يزيد عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام قال: «اذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فرّق بينهما ولم تحل له أبداً»[3].

والأصح الأول اقتصاراً في التحريم المؤبد على موضع الوفاق، والرواية مرسلة

---

(١) الكافي ٥: ٤٤٢ حديث ٩، الفقيه ٣: ٣٠٥ حديث ١٤٦٧، سنن ابن ماجه ١: ٦٢٣ حديث ١٩٣٧.

(٢) النهاية: ٤٥٣.

(٣) الكافي ٥: ٤٢٩ حديث ١٢، التهذيب ٧: ٣١١ حديث ١٢٩٢، الاستبصار ٤: ٢٩٥ حديث ١١١١.

وهو صيرورة مسلك البول والحيض واحداً،أو مسلك الحيض والغائط على رأي، فتحرم مؤبداً.

قيل: ولا تخرج من حباله، وفيه نظر،

فلا تنهض حجة على الاطلاق. أما مع الافضاء فلا بحث في التحريم.

قال المصنف في المختلف: اطلاق الشيخ في النهاية مشكل والظاهر أن مراده ذلك[1]، يريد به اختصاص التحريم بالافضاء.

قوله: (وهو صيرورة مسلك البول والحيض واحداً أو مسلك الغائط والحيض على رأي).

المشهور أن الافضاء هو صيرورة مسلك البول والحيض واحداً بذهاب الحاجز بينهما، ونقل المصنف قولاً اخراً، وهو صيرورة مسلك الغائط والحيض واحداً، وبعده ظاهر؛ لشدة بُعد ما بين المسلكين وقوة الحاجز بينهما، فلا يكاد يتفق زواله بالجماع. والأول أصح، وسيأتي إن شاء الله تعالى لذلك مزيد تحقيق في الديات.

قوله: (فتحرم مؤبداً، قيل: ولا تخرج من حباله، وفيه نظر).

قد قررنا أنه اذا تحقق الافضاء حرمت الزوجة مؤبداً، وعلى هذا فهل تخرج من حباله، أي: تبين منه وينفسخ نكاحها، أم تبقى على الزوجية مع التحريم المؤبد؟ فيه قولان:

أحدهما ـ واختاره ابن ادريس[2] ـ أنها لا تخرج من حباله استصحاباً للنكاح، ولامنافاة بين التحريم وبينه، لرواية يزيد العجلي عن الباقر عليه السلام: في رجل افتض جارية يعني امرأته ـ فأفضاها، قال: «عليه الدية إن كان دخل بها قبل أن تبلغ

---

(١) المختلف: ٥٢٥.

(٢) السرائر: ٢٨٨.

ويجب عليه الانفاق عليها، إلاّ أن يموت أحدهما وإن طلقها وتزوجت بغيره على اشكال.

تسع سنين»، قال: أمسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه وإن كان دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه إن شاء أمسك وإن شاء طلق[١].

دل على أن له امساكها وتطليقها لقوله: «فان امسكها ولم يطلقها»، وذلك يقتضي بقاء النكاح. وطعن المصنف في هذا القول بقوله: (وفيه نظر) ووجهه: أن التحريم المؤبد ينافي مقتضى النكاح، إذ ثمرته حل الاستمتاع، ولأن التحريم المؤبد يمنع النكاح سابقاً فيبطله لاحقاً، كالرضاع واللعان والقذف للزوجة الصماء.

وثانيها ـ واختاره ابن حمزة ـ أنها تبين منه بذلك[٢]، وهو الظاهر من كلام الشيخ في النهاية[٣]. ويدل عليه قوله عليه السلام في الرواية الأُولى: «فرق بينهما ولم تحل له ابداً»، وتوقف المصنف في المختلف؛ لعدم الظفر بقاطع من الجانبين[٤].

وقول ابن حمزة ليس ببعيد، والتوقف طريق السلامة.

قوله: (ويجب عليه الانفاق عليها إلى أن يموت أحداهما وإن طلقها وتزوجت بغيره على اشكال).

من أحكام المفضاة وجوب الانفاق عليها إلىٰ أن يموت احداهما، والأصل فيه ما رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج جارية فوقع بها فأفضاها، قال: «عليه الاجراء عليها ما دامت حية»[٥].

وهذا الحكم لاكلام فيه اذا لم يتزوج، فإن طلقها بناء على عدم خروجها من

---

(١) الكافي ٧: ٣١٤ حديث ١٨، التهذيب ١٠: ٢٤٩ حديث ٩٨٤، الاستبصار ٤: ٢٩٤ حديث ١١٠٩.

(٢) الوسيلة: ٣٤٣.

(٣) النهاية: ٤٥٣.

(٤) المختلف: ٥٢٥.

(٥) الفقيه ٤: ١٠١ حديث ٣٣٨، التهذيب ١٠: ٢٤٩ حديث ٩٨٥، الاستبصار ٤: ٢٩٤.

وهل تثبت هذه الأحكام في الأجنبية؟ الأقرب نعم، وفي النفقة اشكال.

حباله بالافضاء فتزوجت بغيره، ففي وجوب الانفاق اشكال ينشأ: من عموم الرواية، فإن (ما) من أدوات العموم فيعم ما اذا تزوجت.

ومن أن الظاهر أن اجراء النفقة عليها إنما وجب؛ لأنها بالافضاء خرجت عن أن يرغب فيهـا الازواج، فأوجب الشارع على المفضي النفقة ارتفاقا بحالها، فإذا تزوجت انتفى المقتضي للانفاق، ولأن نفقة امرأة لا تجب على اثنين.

ولا يخفىٰ أن الوجه الثاني مشتمل على تخصيص النص بغير دليل مخصص، وهو باطل. والذي يجب أن يقال:إن الرواية إن كانت معتبرة وجب العمل بظاهرها، فلا يسقط وجوب الانفاق بالتزويج.

قوله: (وهل تثبت هذه الأحكام في الأجنبية؟ الأقرب نعم، وفي النفقة اشكال).

أي: هل تثبت الأحكام المذكورة ـ وهي:التحريم المؤبد، ووجوب الانفاق إلى ان يموت احداهما، واحتمال السقوط لو تزوجت ـ في الأجنبية إذا افضاها بوطئه إياها قبل البلوغ بزنا أو شبهة؟

ووجـه القرب أن هذا الفعل حيث اقتضى التحريم المؤبد في الزوجة ففي الأجنبية أولى؛ لأنه أفحش فيناسبه زيادة العقوبة، ولأن النكاح سبب للحل فيمتنع كونه سبباً للتحريم، وانحصر السبب في الصغيرة والافضاء بالوطء، وذلك قائم في محل النزاع.

ويقرب منه القول بوجوب الانفاق دائما، فإن المقتضي في الزوجة هو العقوبة بارتكاب الوطء المحرم، وهو في الأجنبية أفحش، ولحصول الضرر بعدم رغبة الأزواج فيها للافضاء.وعلى هذا فلو تزوجت وقلنا بوجوب الانفاق، ففي بقاء الوجوب وعدمه

وهل يشترط في التحريم المؤبد في طرف الأجنبي نقص السن عن تسع؟ فيه نظر ينشأ: من كون التحريم المؤبد مستنداً إلى تحريم الوطء في طرف الزوج، وهو هنا ثابت في التسع،

اشكال، ومقتضى كلام المصنف أن ما ثبت في الزوجة ثبت هنا.

ويحتمل عدم ثبوت شيء من هذه الأحكام هنا؛ لورود النص على الزوجة، وهذه الأحكام على خلاف الأصل، فيقتصر فيها على مورد النص؛ لأن القياس عندنا باطل، وألحق في الخلاف بافضاء الزوجة الافضاء بوطء الشبهة في التحريم ووجوب الانفاق[1]، ومنعه ابن ادريس[2].

والذي يقتضيه النظر ثبوت التحريم المؤبد بافضاء الأجنبية بزنا أو شبهة من باب مفهوم الموافقة، فإن وطء الزوجة قبل البلوغ وإن حرم،إلاّ أن وطء الأجنبية أبلغ منه في التحريم وافحش.

وأما باقي الأحكام فإن اثباتها مشكل، إذ لا دليل قوياًعليه. وهذا المعنى هو الذي حاوله المصنف بقوله: (وفي النفقة اشكال) بعد قوله: (وهل تثبت هذه الأحكام في الأجنبية؟ الأقرب نعم)،فإنه لا يراد بالأحكام إلاّ ما ذكرناه، فيكون قوله (وفي النفقة اشكال) كالاستثناء مما قربه في الأحكام المذكورة.

قوله:(وهل يشترط في التحريم المؤبد في طرف الأجنبي نقص السن عن تسع؟ فيه نظر ينشأ: من كون التحريم المؤبد مستنداً إلى تحريم الوطء في طرف الزوج، وهو هنا ثابت في التسع) .

أي: هل يشترط في ثبوت التحريم المؤبد لو وطأ أجنبي أجنبية فأفضاها في

---

(١) الخلاف ٣: ١٢ مسألة ٤١ كتاب النكاح.

(٢) السرائر: ٢٨٩.

والاشكال في الأجنبي قبل التسع أضعف.

والاقرب عدم تحريم الأمة، والمفضاة بالاصبع.

أقل من تسع سنين؟ فيه نظر ينشأ: من أن التحريم المؤبد يستند إلى تحريم الوطء حينئذٍ، والتحريم ثابت في الأجنبية قبل التسع وبعدها، فحينئذ تلخص كون عليّة التحريم المؤبد ترتب، الافضاء على الوطء المحرم، فيكون افضاء الأجنبية بعد البلوغ بمنزلة افضاء الزوجة قبله.

وهذا إن تم فإنما يثبت في الزنا دون وطء الشبهة: لانتفاء التحريم فيه بعد تحقق البلوغ، ومن أن مورد النص هو الزوجة قبل بلوغ التسع، فإن ثبت الالحاق اقتصر فيه على ما قبل البلوغ؛ لأن شرط مفهوم الموافقة تعقّل العلة قطعاً، والعلم بثبوتها في المسكوت عنه.

ولا ريب أن الصغر جزء من العلة في المنصوص، ولهذا لوكان وطء الزوجة بعد البلوغ لم يحرم بالافضاء قطعاً، فكيف تحرم الأجنبية قبل البلوغ.

قوله: (والاشكال في الأجنبي قبل التسع أضعف) .

لما كان الأقرب عنده تحريم الأجنبية مؤبداً اذا افضاها بالوطء قبل التسع، ظهر الاشكال أن تحريمها حينئذٍ أضعف من الاشكال في تحريمها بعد التسع.

فإن قيل: مع ترجيح أحد الطرفين لا يبقىٰ اشكال.

قلنا: اذا لم يكن الترجيح قاطعاً يبقى أصل الاحتمال، فلا يمتنع معه اطلاق اسم الاشكال مجازاً. ويمكن أن يكون المراد بالاشكال: هو الطرف الآخر، وهو عدم التحريم استعمالاً لاسم الكل في الجزء مجازاً.

قوله: (والأقرب عدم تحريم الأمة والمفضاة بالاصبع) .

وجه القرب: أن التحريم حكم شرعي خصوصاً في الفروج، فيتوقف على ورود النص، ولا يخفى أن مورد النص هو الزوجة المفضاة بالوطء قبل البلوغ وذلك لا

ولو كان الافضاء بعد بلوغ الزوجة لم يكن على الزوج شيء إن كان بالوطء.

المقصد الثاني: في التحريم غير المؤبد، وفيه فصول:

الأول: في المصاهرة، وفيه مسائل:

أ: تحرم بنت الزوجة وإن نزلت إذا لم يكن قد دخل بالأُم تحريم جمع، بمعنى أنـه اذا أبـان الأُم بفسخ أو طلاق أو موت حلّت له البنت، ومع الدخول تحرم بناتها وإن نزلن مؤبداً.

يتناول الأمة والمفضاة بالاصبع كما هو معلوم، ولا دليل يدل على الحاقها بالزوجة، والقياس عندنا باطل، فيتمسك فيها بالأصل إلى أن يثبت الناقل.

ولا ريب أن الافضـاء بالاصبـع ليس أفحش من الوطء. ويحتمل تحريمها بذلك؛ لأن الأمة كالزوجة، والافضاء بالاصبع كالافضاء بالوطء، وضعفه ظاهر.

قوله: (ولو كان الافضاء بعد بلوغ الزوجة لم يكن على الزوج شيء إن كان بالوطء).

لأن الوطء مأذون فيه شرعاً محلل حينئذٍ، فإذا حصل بسببه الافضاء لم يثبت على الزوج شيء من هذه الأحكام؛ لانتفاء الدليل، وسيأتي لهذه المسألة مزيد تحقق في باب الجنايات إن شاء الله تعالى.

قوله: (المقصد الثاني: في التحريم غير المؤبد، وفيه فصول: الأول: في المصاهرة، وفيه مسائل: الأولى: تحرم بنت الزوجة وإن نزلت اذا لم يكن قد دخل بالام تحريم جمع، بمعنى أنه إذا أبان الأُم بفسخ أو طلاق أو موت حلت له البنت، ومع الدخول تحرم بناتها وإن نزلن مؤبداً).

لا خلاف بين أهل الاسلام في تحريم البنت مع الأُم جمعاً إذا لم يدخل بالأُم، فإن فارق الأُم حل له نكاح البنت، وإن دخل بالام حرمت البنت عيناً، وقد سبق

والأقرب مساواة الوطء في الفرجين، وعدم اشتراط البلوغ والعقل في الـواطىء والموطوءة،ولا الاباحة كالوطء في الاحرام والحيض، ولا دوام النكاح

الكلام على ذلك.

قوله: (والأقرب مساواة الوطء في الفرجين، وعدم اشتراط البلوغ والعقل في الـواطىء والموطوءة،ولا الاباحة كالوطء في الاحرام والحيض، ولا دوام النكاح).

هنا مسائل: الأولى: هل الوطء في الدبر مساوٍ للوطء في القبل في كونه دخولاً، بحيث تحرم به بنت الزوجة عيناً؟فيه وجهان، أقربهما عند المصنف المساواة.ووجه القرب: أنه لو لم يعد دخولاً شرعاً لما استقربه المهر، والثاني باطل.

بيان الملازمة: أن المهر إنما يستقر بالدخول اتفاقاً، فلو لم يعد دخولاً شرعياً لم يستقر به.

وأما بيان بطلان الثاني: فلأن المهر يستقر بالوطء في الدبر كالقبل على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وكذا يثبت به الحد، ويجب به العدة في الطلاق ويلحق به النسب، وكل هذه تابعة للدخول. وثبوت التابع من حيث هو تابع يستلزم ثبوت المتبوع.

ويحتمل ضعيفاً عدم المساواة؛ لعدم ثبوت الاحصان، ويرده أن الاحصان ليس من توابع الدخول، والأصح المساواة.

الثانية: لا يشترط البلوغ والعقل في الواطئ ولا الموطوءة؛ لأن الدخول بالنسبة إلى التحريم سبب، والأسباب لا يشترط فيها التكليف كالاتلاف. ومن ثم لو وطأ ساهياً أو جاهلاً بكونها الزوجة، كما لو زوجه اياها وكيله وهو لا يعلم، أو استدخلت ذكره في حال نومه واغمائه ثبت التحريم.

والعقد والملك واحد.

ب: تحرم أُخت الزوجة بالعقد دائمًا ومنقطعاً تحريم جمع، سواء دخل بالاخت أو لا، وسواء كانت لأب أو لأُم أو لهما، ولا تحرم اخت الأخ إذا لم تكن اختاً، ولا يحرم الجمع بينهما في الملك.

ويحتمل ضعيفاً اشتراطها في الواطئ؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن﴾[1] فإنه خطاب ويمتنع تعلقه بغير المكلف.

الثالثة: لا يشترط في الوطء مع الزوجية الاباحة، فلو وطأ في حال احرام احداهما، أو في الحيض، أو في الصوم ثبت التحريم؛ لأن الحكم معلق بالدخول، وكذا لا يشترط دوام النكاح قطعاً؛ لصدق الزوجات والنساء في المتعة والدوام.

قوله: (والعقد والملك واحد).

أي واحد في ذلك، ووجهه أن الشارع أثبت حرمة المصاهرة في كل منهما، ولأن النساء يشتمل الموطوءة بالملك.

قوله: (الثانية: تحرم أُخت الزوجة بالعقد دائمًا ومنقطعاً تحريم جمع، سواء دخل بالاخت أو لا، وسواء كانت لأب أو لأُم أو لهما، ولا تحرم أُخت الأخ اذا لم تكن اختاً، ولا يحرم الجمع بينهما في الملك).

قد تطابق النص والكتاب[2] والسنة واجماع المسلمين على تحريم اخت الزوجة جمعاً، ولا فرق في ذلك بين كون العقد دائمًا أو منقطعاً؛ لتناول النص لكل منهما، ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد دخل بالزوجة وعدمه؛ لأن المناط الجمع بين

---

(١) النساء: ٢٣.

(٢) النساء: ٢٣.

ولو طلق رجعياً حرمت الأُخت حتى تخرج العدة.

ولو طلق بائناً أو فسخ لعيب حلّت في الحال على كراهية حتى تخرج العدة.

الاختين في النكاح، وهو صادق في العقد.

وكذا لافرق في الأُختين بين كونهما لأب أو لأُم أو لهما.

ولا تحرم اخت الأخ اذا لم تكن اختاً، وذلك مع اختلاف الجهة، كما لو كان الأخ لأب مثلاً والاخت بالنسبة إليه لام، وعكسه. ولا يحرم الجمع بين الاختين في الملك؛ لأن االأغلب في الملك جانب المالية وليس الغرض منه الوطء وإن تعلق به جوازه.

قوله: (ولو طلق رجعياً حرمت الأُخت حتى تخرج العدة، ولو طلق بائناً أو فسخ لعيب حلت في الحال على كراهية حتى تخرج العدة).

لما كانت المطلقة رجعياً زوجة لم تحل أُخت المطلقة رجعياً للمطلق حتى تخرج العدة، أما البائن بطلاق أو فسخ لعيب من الزوج أو من الزوجة، فان اختها تحل في الحال لخروجها عن الزوجية، فلم يتحقق الجمع بين الاختين في النكاح، إلّا أنه يكره نكاحها ما دامت المبانة في العدة لبقاء أثر النكاح.

ولصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام: سألته عن رجل تزوج امرأة بالعراق، ثم خرج الى الشام فتزوج امرأة اخرى، فإذا هي اخت زوجته التي بالعراق، قال: «يفرّق بينه وبين التي تزوجها في الشام، ولا يقرب المرأة حتى تنقضي عدة الشامية» الحديث[1].

وهو محمول على الكراهية؛ لأن المحرم بنص الكتاب والسنة الجمع بين الاختين في النكاح، وهو منتف هنا. وينبغي أن يقرأ فسخ للمجهول ليتناول فسخ

---

(١) الكافي ٥: ٤٣١ حديث ٤، الفقيه ٣: ٢٦٤ حديث ١٢٥٨، التهذيب ٧: ٢٨٥ حديث ١٢٠٤.

ج: تحرم بنت أُخت الزوجة معها وبنت أخيها وإن نزلتا على اشكال تحريم جمع إن لم تجز الزوجة، فإن أجازت صح.

وله ادخال العمة والخالة على بنت الأخ وبنت الأُخت وإن كرهتا.

والأقرب أن للعمة والخالة فسخ عقدهما لو جهلتا لا المدخول عليها.

الرجل وفسخ المرأة.

قوله: (الثالثة: تحرم بنت أُخت الزوجة معها وبنت أخيها وإن نزلتا على اشكال تحريم جمع إن لم تُجز الزوجة، فإن أجازت صح).

قد سبق الكلام في تحريم بنت اخت الزوجة وبنت اخيها جمعاً، وإنما أعاده هنا لبيان أن التحريم كما يتعلق ببنت الأخ والأُخت للصلب كذا يتعلق بغيرهما على اشكال، وهو المراد بقوله: (وإن نزلتا).

ومنشأ الاشكال: من أن المفهوم من تحريم ادخال بنت اخت الزوجة وبنت اخيها عليها إنما هو احترام العمة والخالة، ولهذا لو رضيتا انتفى التحريم، واذا انتفى التحريم ففي بناتها أولى؛ لأن بعد الدرجة يقتضي زيادة الاحترام.

ومن حيث أن النص لم يرد إلّا على بنت الأخ والاخت، ولايصدق ذلك إلّا على بنت الصلب؛ لأن بنت البنت لا يصدق إلّا على البنت إلّا مجازاً. والأول أرجح؛ نظراً إلى استفادة ذلك بالفحوى، ولأن الاحتياط في الفروج هو المطلوب.

قوله: (وله ادخال العمة والخالة على بنت الأخ وبنت الأُخت وإن كرهتا، والأقرب أن للعمة والخالة فسخ عقدهما لو جهلتا، لا المدخول عليها).

قد سبق الكلام أيضاً في جواز ادخال العمة والخالة على بنت الأخ وبنت الأُخت وإن كرهتا، وإنما أعاده ليبني عليه قوله: (والأقرب أن للعمة والخالة فسخ عقدهما).

. . . .

وتحقيقه أنه إذا تزوج عمة زوجته أو خالتها مع علم العمة والخالة صح النكاح، ولم يلتفت إلى رضى بنت الأخ وبنت الأخت، ولو جهلتا فالأقرب عند المصنف أن لهما فسخ عقدهما إذا علمتا، وليس لهما فسخ عقد المدخول عليها، هذا هو الظاهر.

ويمكن أن يكون المراد: لا المدخول عليها، فإنه ليس لهما فسخ عقدها.

يدل على الحكم الأول ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «لا تُزوج ابنة الأخت على خالتها إلّا باذنها، وتُزوج الخالة على ابنة الأُخت بغير أذنها»[1]. ولم يفرق الأمر بين العمة والخالة فالفرق احداث.

وروى محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «لا تزوج العمة والخالة على ابنة الأخ وابنت الأُخت بغير اذنها»[2].

وأما الحكم الثاني فوجه القرب فيه أن الجمع بدون الاذن ممنوع منه، لما سبق، ولرواية أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: «لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها»[3].

ولا سبيل إلى بطلان عقد السابقة؛ لسبق صحته، ولا إلى تزلزله؛ لسبق لزومه، ولا إلى بطلان عقد اللاحقة؛ لأن الجمع وإن كان ممنوعاً منه إلّا أن المنع ينتفي بالرضى، فحينئذٍ يكون موقوفاً على رضى العمة والخالة، فإن رضيتا لزم، وإلّا كان لهما الفسخ. ويؤيده أن الحق في ذلك لهما؛ لأن التحريم لحرمتها، فإذا رضيتا انتفى السبب.

ويحتمل بطلان العقد الطارئ من رأس؛ لثبوت النهي عنه، والنهي في غير العبادة إنما لا يدل على الفساد إذا لم يكن راجعاً إلى شيء من أركان العقد،فأما أذا

---

(١) التهذيب ٧: ٣٣٢ حديث ١٣٦٥، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤٢.

(٢) التهذيب: ٧: ٣٣٢ حديث ١٣٦٤، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤١.

(٣) التهذيب ٧: ٣٣٢ حديث ١٣٦٦، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤٣.

د: لا يجوز نكاح الأمة لمن عنده حرةَ إلّا باذنها.

هـ: لا تحل ذات البعل أو العدة لغيره إلّا بعد مفارقته والعدة إن كانت من أهلها.

رجع إلى بعض الأركان، كبيع المجهول والعقد على بعض المحرمات، فإن العقد يقع باطلاً قطعاً.

والتحقيق في هذه المسألة: إن رضى العمة والخالة إن كان شرطاً لصحة العقد، كان العقد المشروط بالرضى اذا وقع بدونه باطلاً، وإن كان من جملة السبب لم يحكم بالبطلان، لكن يقع العقد متزلزلاً، واللائح من النصوص الاشتراط.

فإن قوله: «لا تزوج ابنة الأخت على خالتها إلّا باذنها»، وكذا قوله عليه السلام: «لا تزوج الخالة والعمة على ابنة الأخ» ظاهره اشتراط الأول في التزويج على حد لا يدخل الدار إلّا باذن مالكها، وسيجيء تمام البحث في ذلك إن شاء الله تعالى، وهنا احتمال ثالث:

وهو تزلزل العقدين معاً؛ لأن كلاً من العقدين بالنظر إلى ذاته صحيح، وصحته تنافي صحة الآخر ولا أولوية فيتدافعان. وضعفه ظاهر، فإن الأولوية للعقد السابق محققة، ولم يتعرض الشارح الفاضل لهذا الاحتمال هنا، وسيأتي مثله قولاً في نظير هذه المسألة، وكأنه لم يلتفت إليه لضعفه وانتفاء القائل به.

قوله: (الرابعة: لا يجوز نكاح الأمة لمن عنده حرة إلّا باذنها).

المراد بذلك النكاح بالعقد لا الملك فإنه يجوز مطلقاً اجماعاً، وسيأتي الخلاف في جواز نكاح الأمة اختياراً وتحقيق القول في ذلك ان شاء الله تعالى.

فرع: ينبغي بناء الحل والتحريم في التحليل على كونه عقداً أوملك منفعة، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله: (الخامسة: لا تحل ذات البعل أو العدة لغيره، إلّا بعد مفارقته، والعدة إن كانت من أهلها).

و: لو تزوج الأُختين نسباً أو رضاعاً على التعاقب كان الثاني باطلاً، سواء دخل بها أو لا.

وله وطء زوجته في عدة الثانية، فإن اشتبه السابق منع منها، والأقرب الزامه بطلاقهما

لا خلاف في هذا الحكم بين أهل الاسلام قاطبة، سواء كانت العدة بائناً أو رجعياً، لطلاق أو فسخ أو وفاة، وقد سبق في كلامه ما يغني عن ذكر هذه المسألة، ولا يخفى أنه لو عقد ولم يعلم ثم علم تبين فساد العقد.

قوله: (السادسة: لو تزوج الاختين نسباً أو رضاعاً على التعاقب كان الثاني باطلاً، سواء دخل بها أو لا.وله وطء زوجته في عدة الثانية، فإن اشتبه السابق منع منها، والأقرب الزامه بطلاقهما).

قد علم تحريم نكاح الاختين من النسب والرضاع، فلو فعله المكلف، فإما أن يكون العقد عليهما واقعاً على التعاقب ، أو دفعه. فإن كان الأول كان العقد الثاني باطلاً؛ لسبق صحة الأول وانعقاده، وانحصار المنع في الثاني.

ولا فرق في ذلك بين أن يدخل بالثانية وعدمه، فمرجع الضمير في قوله: (سواء دخل بها) هو الثانية؛ للدلالة عليه بالثاني في قوله: (كان الثاني باطلاً). ولا ريب أن له وطء زوجته في عدة الثانية حيث تجب العدة، وإنما تجب إذا دخل بالثانية جاهلاً بكونها اخت الزوجة، عملاً بالاستصحاب ولأن الحرام لا يحرّم الحلال.

نعم يكره له ذلك؛ الحديث زرارة السابق[1]، وظاهر كلام الشيخ في النهاية التحريم[2]؛ لهذه الرواية،والأصح الأول،فإن اشتبه السابق من عقدي الأُختين وجب عليه اجتنابها؛ لأن احداهما محرمة عليه فيجب اجتنابها، ولا يتم إلاّ باجتناب كل منهما، وما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب. والأقرب عند المصنف الزامه بطلاقهما

---

(١) الكافي ٥: ٧٤٣ حديث ٤، الفقيه ٣: ٢٦٤ حديث ١٢٥٨، التهذيب ٧: ٢٨٥ حديث ١٢٠٤.
(٢) النهاية: ٤٥٤.

بأن يجبره الحاكم على ذلك.

ووجـه القرب: أن البقاء على الزوجية موجب للضرر بالنسبة إليه واليها؛ لتعلق أحكـام الـزوجية به ومنعه من الاستمتاع، ولأن تحصيل البراءة من حقوق الزوجية واجب، ولا يتم إلاّ بالطلاق.

ولقائل أن يقول: نمنع كونه واجباً مطلقاً بحيث يعم الأحوال كلها فيتناول حال الاشتباه، ولو سلّم فالبراءة تحصل بالتسليم إلى الحاكم أو بالبدل للمستحقة منهـا، فالمنـع متـوجه إما إلى المقدمة الأُولى أو الثانية؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿**فامساك بمعروف أو تسريح باحسان**﴾[1].

ولا ريب أن الامساك مع الاشتباه موجب للضرر، فلا يكون امساكاً بمعروف، فيتعين الثاني.

لا يقال: الطلاق مع الاكراه باطل.

لأنا نقول: الطلاق المكره عليه شرعاً هو المأمور به فكيف يكون باطلاً، ولا ريب أن كلما اكره عليه شرعاً من العبادات وغيرها مقطوع بصحته شرعاً، وإلاّ لامتنع، فيسد باب الاكراه شرعاً، وهو باطل ويحتمل تسليط المرأتين على الفسخ، أو فسخ الحـاكم تفصياً من الاكـراه، وليس ببعيد من الصواب الزامه بالطلاق، فإن امتنَع فسخت هي أو الحاكم.

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه إن طلّق كل واحدة منها صح، نظراً إلى وجوب تطليق كل منها، ولأن الزوجة منها غير معلومة بل هي مشتبهة. ولو قال: زوجتي منها طالق فالقـول بالصحـة أقـرب؛ لأن التطليق لمعيّنة بحسب الواقع، ولأن المقصود بالتطليق هو الزوجة على التقديرين.

---

(١) البقرة: ٢٢٩.

فيثبت لهما ربع المهرين مع اتفاقهما واختلافهما على اشكال.

ويجيء على قول الشيخ في المبسوط: فيما لو عقد الوليان متعاقبين ولم يعلم السابق أصلاً[1] انه يبطل البطلان هنا.

قوله:(فيثبت لهما ربع المهرين مع اتفاقهما واختلافهما على اشكال).

أي: اذا طلق الاختين المعقود عليهما، والفرض أنه قبل الدخول، ثبت لهما ربع المهرين؛ لأن الزوجة واحدة منهما والواجب لها بالطلاق نصف المهر، فمع اشتباه المهر الثابت وتردده بين المهرين يوزع عليهما؛ لعدم الترجيح وانتفاء الأولوية، فيجب لكل منهما ربعه، وهذا واضح مع اتفاق المهرين جنساً ووصفاً وقدراً اذا كانا في الذمة، فإن ربع المجموع مساوٍ لنصف أحدهما كما لو كان على كل منهما مائة دينار.

أما مع اختلافهما في الجنس أو الوصف أو القدر، وكذا لو تشخص أحدهما فاشكال ينشأ: من أن الواجب في نفس الأمر هو نصف أحدهما، وليس ربع المجموع هو نصف أحدهما بخصوصه؛ لأن الغرض اختلافهما ببعض الأُمور المذكورة كما هو واضح، فايجابه يستلزم وجوب ماليس بواجب وسقوط ما هو واجب.

ومن أن المستحق ـ وهو نصف أحدهما ـ غير متعيّن وإنما هو مشتبه ودائر بين المهرين، فحيث انتفى الترجيح والأولوية وجب تقسيطه عليهما، فيؤخذ من كل منهما ربعه.

وعلى هذا فيحتمل أن يقسم المجموع بينهما لعدم الأولوية، ويحتمل أن يصرف إلى كل واحدة ربع مهرها؛ لأنه إن كان نكاحها هو الصحيح استحقت نصف مهرها، وإن كان نكـاح الأُخـرى استحقت هي نصف مهرها، فلحصول الاشتباه وانتفاء المرجح رددنا كل واحدة إلى نصف الحق وهو ربع المهر.

ويحتمـل القرعة؛ لأنه أمر مشكل، والايقاف حتى يصطلحا أو يتبين الحال،

---

(١) المبسوط ٤: ١٨١.

ويحتمل القرعة في مستحق المهر، والايقاف حتى تصطلحا.

تفصياً من دفع الحق إلى غير مستحقه. وعلى الاحتمال الأول فإنما يحتمل العمل بالقرعة؛ لأنه أمر مشكل، والايقاف حتى يصطلحا أو يتبين الحال، والقول بالقرعة قوي.

قوله: (ويحتمل القرعة في مستحق المهر، والايقاف حتى يصطلحا).

وجه الأول: أنه أمر مشكل لوقوع اللبس فتجب القرعة.

ووجه الثاني: ان أحدهما غير مستحق، ولا يؤمن دفع الحق الى غير مستحقه، فإن تراضيا اندفع المحذور ويحصل يقين البراءة، فاذا عرفت ذلك فهنا كلامان:

الأول: ظاهر عبارة المصنف أن احتمال القرعة في مستحق المهر جار مع اختلاف المهرين وايجاب ربع كل منهما، وظاهر أنه غير مستقيم؛ لأن كل من خرج بالقرعة استحقاقها لم يجب لها سوى نصف مهرها، ولم يجب من مهر الأُخرى شيء.

وما ذكره الشارح السيد من أن القرعة اذا اخرجت استحقاق ذات المهر الأقل رد ما زاد على نصفه على الزوج، فإن ربع المجموع أزيد من نصف الأقل وهي لا تستحق الزائد قطعاً.

الثاني: احتمال القرعة إنما يستقيم إذا جهل السابق كل من الزوج والزوجتين، وانتفاء البينة، واذا ادعت كل منهما السبق ولم يصدّق الزوج واحدة منهما ولا بينة، ولم يدعيا عليه العلم، أو ادعتا فحلف، أو رد فنكلتا، أما مع الثبوت بواحد من طرقه فلا بحث في وجوب نصف مهر من ثبت عقدها دون الأُخرى.

ولا يخفى أن المصنف لو قال: والأقرب الزامه بطلاقهما، فيحتمل القرعة في مستحق نصف المهر منهما، والايقاف حتى يصطلحا، ويحتمل ثبوت ربع المهرين مع اتفاقهما واختلافهما على اشكال، لكان أسلم.

لكن يلزم أن يراد بقوله: (حتى يصطلحا) الزوج والزوجتان معاً فريق، وعلى ثبوت ربع المهرين يحتمل الايقاف حتى يصطلح الزوجتان، والتشريك. والقول

ومع الدخول يثبت المهران مع الجهل، فليس له حينئذٍ تجديد عقد إلّا بعد العدة.

ولو أوجبنا في الفاسد مهر المثل واختلف فالقرعة.

بالقرعة مشكل، وإلا لم يتم وجوب ربع المهرين على اطلاقه كما سبق.

قوله: (ومع الدخول يثبت المهران مع الجهل، فليس له حينئذٍ تجديد عقد، إلّا بعد العدة).

يفهم من قوله: (ومع الدخول) أن ما سبق حكم ما اذا طلّق قبل الدخول، ولا ريب أنه اذا دخل بهما وكانتا جاهلتين بالتحريم، أو جهلت كل واحدة منهما عقد الاخرى، أو جهلت تقدم عقد الأُخرى واشتباه السابق، وجب مهران قطعاً.

وظاهر قول المصنف: (يثبت المهران) وجوب كل من المسميين وفاقاً لقول الشيخ ان الدخول في العقد الفاسد يوجب المسمى[1]، وكيف كان فليس له مع الدخول بهما اذا طلقهما تجديد العقد على احداهما حتى تنقضي عدة الأُخرى، اذا كان الطلاق بالنسبة إلى كل منهما رجعياً على تقدير صحته.

وكذا لو كان طلاق احداهما رجعياً وأراد العقد على الثانية؛ لجواز كون الزوجة ذات العدة الرجعية، ولا يجوز العقد على الأُخت في العدة الرجعية؛ لأن المعتدة رجعياً زوجة.

أما لو كانتا بائنتين أو احداهما وعقد على الرجعية فلا حرج؛ لأن تجديد النكاح في العدة الرجعية لا يقصر عن الرجعة، ولو ضم إلى النكاح الرجعة كان أولى.

قوله: (ولو أوجبنا في الفاسد مهر المثل واختلف فالقرعة).

قد سبق في الرضاع أنه اذا ثبت أن المعقود عليها أمه أو اخته من الرضاع وقد

---

(١) المبسوط ٥: ٣١٤.

ولو اتحد العقد بطل، وقيل: يتخير.

دخل بها ثبت لها المسمّى، ثم احتمل وجوب مهر المثل، فنقول: إن اوجبنا في الفاسد المسمّى فلا بحث هنا في وجوب المسمّى لكل منهما، وإن أوجبنا فيه مهر المثل فلا يخلو:

إما أن يتفق مسمّى كل منهماومهر مثلها، أو يختلفا. فإن اتفقا فلا اشكال في أن كل واحدة منها يدفع اليها مهرها؛ لأنه إن كان السابق عقدها فقد استحقت بالنكاح الصحيح، وإلا فبالعقد الفاسد. وإن اختلف مسمّى كل منها ومهر مثلها، أو مسمّى احداهما ومهر مثلها، فلا بد من القرعة في تعيين الزوجة، فمن أخرجته القرعة منها استحقت المسمّى ووجب للاخرى مهر المثل.

ويجيء احتمال الايقاف حتى يصطلحا وإن لم يذكره المصنف، واعلم أن الضمير في قوله: (واختلف) يعود إلى كل من الفاسد ومهر المثل، ووحده باعتبار كل واحد، وهو صادق اذا كان الاختلاف المذكور بالنسبة اليهما أو الى واحدة منهما خاصة.

والظاهر أنه لا فرق في هذه الأحكام كلها بين ما اذا علم السابق ثم اشتبه، أو علم سبق واحدة في الجملة من أول الأمر. ولو اشتبه السبق والاقتران فالالزام بالطلاق ظاهر الوجه، أما وجوب نصف المهر ففيه نظر.

قوله: (ولو اتحد العقد بطل، وقيل يتخير) .

أي: لو عقد على الاختين معاً عقداً واحداً، وهذا هو القسم الثاني من قسمي العقد على الاختين. وقد اختلف الأصحاب في حكمه، فقال ابن حمزة[١]، وابن ادريس[٢]، والمصنف هنا، وأكثر المتأخرين[٣] بالبطلان؛ لثبوت النهي الناشيء عن عدم صلاحية المعقود عليها فيكون فاسداً.

وإنما قلنا إنه ناشيء عن عدم صلاحية المعقود عليها؛ لأن كل واحدة منهما

---

(١) الوسيلة: ٣٤٤.

(٢) السرائر: ٢٨٦.

(٣) منهم ولد العلّامة في الايضاح ٣: ٨٥، والشهيد في اللمعة: ١٨٩.

. . . .

يمتنع نكاحها مع نكاح الأخرى، ولأن العقد على كل واحدة منها مانع من العقد على الأُخرى ومبطل له، ونسبة العقد اليها واحدة ولا ترجيح فتعيّن البطلان.

ولأن العقد لو صح، فاما بالاضافة اليها أو إلى احداهما، معينة أو غير معينة، والكل باطل.

أما الأول والثاني فظاهر، وأما الثالث فلأن صحة ماليس معيناً في حد ذاته لا يعقل؛ لأن ما ليس معيناً في ذاته لا وجود له، ومتى بطل اللازم بأقسامه انتفى الملزوم، فثبت البطلان.

لا يقال: نمنع الحصر في الصحة والبطلان؛ لأنها من أحكام السبب، والعقد المذكور ليس هو السبب بل جزؤه، والجزء الآخر هو هنا اختيار الزوج.

لأنا نقول: السبب هو العقد على مادل قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[1]، وقال الشيخ في النهاية: يتخير فمن اختارها بطل نكاح الأُخرى[2]، وهو قول ابن الجنيد[3]، وابن البراج[4]، والمصنف في المختلف[5]؛ لما رواه جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما عليهما السلام: في رجل تزوج اختين في عقد واحد، قال: «هو بالخيار أن يمسك أيتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى»[6].

ولأن ضميمة العقد على احداهما إلى العقد على الأُخرى لا ينافي صحة العقد كما لو جمع في العقد بين محللة ومحرمة.

وجوابه: إن الرواية مرسلة، ولا صراحة فيها بالنسبة الى المدعي؛ لأن قوله

---

(١) المائدة: ١.

(٢) النهاية: ٤٥٤.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٢٦.

(٤) المهذب ٣: ١٨٤.

(٥) المختلف: ٥٢٦.

(٦) الكافي ٥: ٤٣١ حديث ٣، التهذيب ٧: ٢٨٥ حديث ١٢٠٣.

ولو وطأ أمة بالملك حرمت عليه اختها به حتى يخرج الأُولى عن ملكه ببيع أو هبة أو غيرها.

وفي اشـتراط اللزوم أو الاكتفـاء بالتـزويج أو الرهن أو الكتابة اشكـال،

عليه السلام: «يمسك ايتهما شاء ويخلي سبيل الأُخرى» يحتمل أن يراد به أن احداهما حلال له دون الأُخرى، فيجدد العقد على من يريد. ولا دلالة فيها على أن الامساك بذلك العقد وإن كان يفهم من اللفظ ذلك؛ لأن الاحتياط في الفروج مطلوب.

والفـرق بين ما نحن فيه والعقد على المحللة والمحرمة ظاهر؛ لأن المقتضي لصحـة العقـد في المحللة دون المحـرمة قائم، فيثبت المرجح، بخلاف محل النزاع، والأصح البطلان.

قوله:(ولو وطأ أمة بالملك حرمت عليه أُختها به حتى تخرج الأُولى عن ملكه ببيع أو هبة أوغيرها، وفي اشتراط اللزوم، أو الاكتفاء بالتزويج أو الرهن أو الكتابة اشكال).

لاخلاف في أنه يجوز الجمع بين الأختين في الملك؛ لأن الغرض الأصلي في الملك المالية، حتى لو اشترى جارية فوطأها لم يحرم عيه شراء اختها، ومن ثم جاز شراء من يمتنع الاستمتاع بها كالوثنية المرتدة والمعتدة والمزوجة والمحرمة بالمصاهرة، وإنما يحرم الجمع بينهما في النكاح؛ لعموم قوله تعالى: ﴿**وان تجمعوا بين الاختين**﴾[1].

والمراد في النكاح كما يقتضيه سياق الآية، فيتناول العقد والوطء، وكذا توابع الوطء من الاستمتاعات. فمتى وطأ أمته المملوكة حرم عليه اختها بالملك، فلو كانت الأُخت مملوكة حرم عليه الاستمتاع بها ما دامت الأُولى في ملكه، ولا خلاف في ذلك.

فلو خرجت الأُولى عن ملكه حلّت الثانية؛ لانتفاء الجمع المحرم حينئذٍ، لكن

---

(١) النساء: ٢٣.

. . . .

هل يشترط لحل الثانية أن يكون خروج الأُولى بعقد لازم، أم يكفي مطلق العقد الناقل وإن كان معه خيار، كالبيع بخيار والهبة التي يجوز الرجوع فيها؟ فيه اشكال ينشأ: من أن غاية التحريم في النص اخروج الأُولى عن ملكه وذلك متحقق مع الخيار.

واشتراط اللزوم يقتضي كون ما جعله الشارع غاية ليس بغاية، وهو معلوم البطلان.

ومن أن ثبوت الخيار يقتضي كونها بحكم المملوكة، فإن له الرجوع والتصرف فيها متى شاء ما دام الخيار باقياً.

ويضعف بأن الخروج عن الملك الذي هو غاية التحريم قد حصل، وتمكنه من التصرف بالفسخ بالخيار غير قادح؛ لانتفاء الدليل، ولأنه بعد الاخراج اللازم متمكن من التصرف دائماً بالشراء والاتهاب، وغير ذلك من العقود الناقلة، فلو أثر ثم لأثر هنا، والأقرب عدم اشتراط اللزوم.

ولو لم تخرج الأُولى عن الملك، لكن فعل ما يقتضي تحريم وطئها عليه، كأن زوجها أو رهنها أو كاتبها، ففي الاكتفاء به في حل الثانية اشكال ينشأ: من أن الحل منوط باخراج الأُولى عن الملك؛ لقول أمير المؤمنين عليه السلام: «فلا يطأ الأُولى حتى تخرج الأُخرى عن ملكه فلا يحل بدونه»[1].

ومن أن الغرض من اخراجها عن الملك تحريم الوطء وقد حصل، على أن الكتابة مع افادتها التحريم آيلة إلى الخروج عن الملك، والأصح عدم الاكتفاء بشيء من ذلك وما جرى مجراه مما لا يفيد نقل الملك.

وجزم المصنف في التذكرة بأنها لا تحل برهن الأُولى؛ لأن منع الراهن منها لحق

---

(١) سنن البيهقي ٧: ١٦٤.

. . . .

المرتهن لا لتحريمها، ولهذا تحل بأذنه في وطئها[١]، والحكم صحيح، إلّا أن التعليل لا يخلو من شيء، فإن تعلق حق المرتهن بها اقتضى تحريمها، غاية ما في الباب انه تعلق ضعيف يزول حكمه بالاذن، وهنا مباحث:

أ: قال في التذكرة: لو باع بشرط الخيار، فكل موضع يجوز للبائع الوطء لا تحل فيه الثانية، وحيث لا يجوز فوجهان للشافعية[٢]، هذا كلامه[٣]، وظاهر النص يقتضي عدم الفرق بين أقسام الخيار؛ لتحقق الاخراج مع كل منها.

ب: الوطء في القبل والدبر سواء في تحريم الثانية؛ لتحقق الدخول والنكاح والفراش بكل منها، وفي اللمس والقبلة والنظر بشهوة تردد.

ج: لو أخرج احداهما عن ملكه بأحد الأسباب الناقلة، ثم فسخ البيع مثلاً أو ردت بعيب أو اقالة، فلا بد من الاستبراء للملك الحادث، وكذا لو طلقها زوجها أو عجزت المكاتبة فاسترقها.

د: لو كان الوطء بشبهة فهل هو كغيره؟ يحتمل العدم؛ لأنها لا تزيد بذلك عن حال الأجنبية، ولـو كانت احدىٰ الاختين محرمة بسبب آخر كالوثنية فوطأها بشبهة، جاز وطء الأُخرى؛ لأن الأُولى محرمة، ذكره في التذكرة[٤].

هـ: لو ملك أماً وبنتها فوطأ احداهما حرمت الأُخرىٰ مؤبداً، فلو وطأ الأُخرىٰ بعده جاهلاً التحريم حرمت مؤبداً عند الشافعية[٥]، ذكره في التذكرة[٦]، وما روي من قولهم عليه السلام: «لا يحرّم الحرام الحلال»[٧] يدفعه.

(١) التذكره ٢: ٦٣٧.

(٢) مغني المحتاج ٣: ١٨٠.

(٣) التذكرة ٢: ٦٣٧.

(٤) التذكرة ٢: ٦٣٧.

(٥) المجموع ١٦: ٢٢٩، مغني المحتاج ٣: ١٨٠.

(٦) التذكرة ٢: ٦٣٧.

(٧) التهذيب ٧: ٢٨٣ حديث ١١٩٨، الاستبصار ٣: ١٦٥ حديث ٥٩٥، سنن البيهقي ٧: ١٦٩.

فإن وطأ الثانية أيضاً قبل اخراج الأُولى، قيل: إن كان عالماً بالتحريم حرمت الأُولى حتى تموت الثانية، أو يخرجها عن ملكه لا للعود إلى الأُولى، فإن اخرجها لذلك لم تحل الأُولى.

والأقرب أنه متى أخرج احداهما حلت الأُخرى، سواء كان للعود أو لا، وسواء علم التحريم أولا. وإن لم يخرج احداهما فالثانية محرّمة دون الاولى.

قوله: (فإن وطأ الثانية أيضاً قبل اخراج الأُولى قيل: إن كان عالماً بالتحريم حرمت الأُولى حتى تموت الثانية، أو يخرجها عن ملكه لا للعود إلى الأُولى فإن اخرجها لذلك لم تحل الأُولى، والأقرب أنه متى أخرج احداهما حلت الأُخرى، سواء كان للعودأو لا، وسواء علم التحريمأو لا، وإن لم يخرج احداهما فالثانية محرمة دون الأُولى).

أي: لو وطأ أمة بالملك حرمت عليه اختها به حتى تخرج الأُولى عن ملكه، فإن وطأ الثانية أيضاً قبل اخراج الأُولى فللاصحاب قولان:

أحدهما ـ واختاره الشيخ في النهاية[1]، وابن البراج[2]، وابن حمزة[3]، والمصنف في المختلف[4]، وحكاه هنا بقوله قيل ـ إن كان عالماً إلى اخره انه إن وطأ الثانية عالماً بالتحريم حرمت عليه الأُولى ايضاً إلى أن تموت الثانية أو يخرجها عن ملكه لا لغرض العود إلى الأُولى فإن اتفق اخراجها لا لذلك حلت له الثانية، فإن اخرجها عن ملكه ليرجع إلى الأُولى فالتحريم باق.

---

(١) النهاية: ٤٥٥.

(٢) المهذب ٢:١٨٥.

(٣) الوسيلة: ٣٤٦.

(٤) المختلف: ٥٢٦.

وان وطأ الثانية جاهلاً بالتحريم لم تحرم عليه الأُولى اذا اخرج الثانية عن ملكه، ويدل عليه ما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: سئل عن رجل كان عنده اختان مملوكتان فوطأ احداهما ثم وطأ الأُخرى قال، «اذا وطأ الأُخرى فقد حرمت عليه الأُولى حتى تموت الأُخرى».

قلت: أرأيت إن باعها اتحل له الأُولى فقال: «إن كان بيعها لحاجة ولا يخطر على قلبه من الأُخرى شيء فلا أرى بذلك بأساً، وإن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الأُولى فلا ولا كرامة»[1].

وروى أبو الصباح الكناني في الصحيح عن الصادق عليه السلام نحو ذلك[2]، ولأن المقابلة بنقيض المقصود واقعه شرعاً، كما في منع القاتل من الارث. هذا اذا كان عالماً، أما مع الجهل فلا تحرم عليه الأُولى؛ للأصل، ولأن الجهل عذر في كثير من المواضع.

ولما رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: الرجل يشتري الاختين فيطأ احداهما ثم يطأ الأُخرى بجهالة، قال: «اذا وطأ الأخيرة بجهالة لم تحرم عليه الأُولى، وإن وطأ الأخيرة وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا جميعا»[3].

وهي صريحة في أن وطء الثانية مع جهل التحريم لا تحرّم الأُولى، إلّا أن عبارة الشيخ[4] تؤذن بتحريم الأُولى إلى أن تخرج الثانية عن ملكه. والقول الثاني هو اختيار ابن ادريس[5]، ونجم الدين بن سعيد[6]، ومقرب المصنف هنا، واختار في التذكرة عدم

---

(١) الكافي ٥:٤٣٢ حديث ٧، التهذيب ٧:٢٩٠ حديث ١٢١٧.

(٢) الكافي ٥:٤٣٢ حديث ٦، التهذيب ٧:٢٩٠ حديث ١٢١٦.

(٣) الكافي ٥:٤٣٣ حديث ١٤، التهذيب ٧:٢٩٠ حديث ١٢١٩.

(٤) النهاية: ٤٥٥.

(٥) السرائر: ٣٩٠.

(٦) الشرائع ٢:٢٩٠.

ولـو وطأ أمة بالملك، قيل: جاز أن يتزوج بأُختها، فتحرم الموطوءة مادامت الثانية زوجة.

تحريم الاولى بوطء الثانية[١].

ومتى اخرج احداهما عن ملكه حلت الأُولى، سواء قصد به العود إلى الأُولى أم لا.

أما الحكم الأول فلأن الحرام لا يحرم الحلال، والتحريم إنما يتعلق بوطء الثانية فيستصحب، ولأن الأصل الاباحة.

وأمـا الحكم الثـاني؛ فلأنه متى أخرج احداهما لم يبق جامعاً بين الاختين، فينتفي التحريم بانتفاء سببه، والأصح الأول، واحتجاج ابن ادريس ضعيف، فإن الروايات الواردة بذلك خالية عن معارض فلا سبيل الى ردها.

واعلم أنه اذا وطأ الثانية عالماً بالتحريم فلا حد عليه؛ لقيام الملك، نعم يعزر.

قولـه: (ولـو وطـأ أمة بالملك قيل: جاز أن يتزوج باختها فتحرم الموطوءة ما دامت الثانية زوجة).

القول المشار اليه فى العبارة هو قول الشيخ فى المبسوط والخلاف[٢]، واختاره المصنف في التحرير[٣]، وهو ظاهر اختياره في التذكرة[٤]، ولم يصرح هنا بشيء، والأصح الجواز؛ لعموم قوله تعالى: **﴿واحل لكم ما وراء ذلكم﴾**[٥]، وقوله تعالى **﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾**[٦] وغيرها.

---

(١) التذكرة ٧:١٦٩.

(٢) المبسوط ٤:٢٠٧، الخلاف ٢:٢١٧ مسألة ٧٧ كتاب النكاح.

(٣) التحرير ٢:١٣.

(٤) التذكرة ٢:٦٣٦.

(٥) النساء: ٢٤.

(٦) النساء: ٣.

ز: لو تزوج بنت الأخ أو الأُخت على العمة أو الخالة من النسب أو الرضاع حرتين أو أمتين لا ملك يمين على اشكال، فإن كان باذنهما صح، وإلّا بطل على رأي، ووقع موقوفاً على رأي، فإن أجازت العمة أو الخالة لزم، ولا يستأنف آخر، وإن فسختاه بطل ولا مهر قبل الدخول.

والنكاح أقوى من الوطء بملك اليمين، فإذا اجتمعا وجب تقديم الأقوى. وإنما قلنا انه أقوى؛ لأن النكاح يتعلق به الظهار والطلاق والايلاء واللعان والميراث، والغرض الأصلي في الملك المالية فلا ينافي النكاح.

وكذا حل الوطء به كأمة الغير اذا أحلها مالكها، فعلى هذا تحرم الموطوءة ما دامت الثانية زوجة. ويحتمل المنع؛ لأن الأمة تصير بالوطء فراشاً، فلم يجز أن يرد النكاح عليه كما لا يرد نكاح الأُخت على نكاح اختها.

وجوابه: ان القياس باطل مع وجود الفرق، فإن النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين.

قوله: (السابعة: لو تزوج بنت الأخ أو بنت الأُخت على العمة أو الخالة من النسب أو الرضاع، حرتين أو أمتين لا ملك يمين على اشكال، فإن كان باذنهما صح، وإلّا بطل على رأي، ووقع موقوفاً على الاجازة على رأي، فإن أجازت العمة أو الخالة لزم، ولا يستأنف آخر، وإن فسختا بطل، ولا مهر قبل الدخول).

اذا كانت العمة أو الخالة عنده فعقد على بنت الأخ أو بنت الاخت، فإن كان العقد باذن العمة أو الخالة فلا بحث في الصحة، وإن كان بغير اذنها فللأصحاب اقوال:

أ: بطلان العقد من رأس وتزلزل عقد المدخول عليها، فلها أن تفسخ عقد نفسها، وهو قول ابن ادريس. واحتج على البطلان بأن العقد على بنت اخت الزوجة

. . . .

أو بنت اخيها منهي عنه، والنهي يدل على الفساد[1].

أما أنه منهي عنه فلقول النبي صلّى الله عليه وآله : «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها»[2]، والمراد بالنكاح هنا العقد.

ولصحيحة أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: «لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها»[3].

وصحيحة أبي عبيدة الحذّاء قال: سمعت الصادق عليه السلام يقول: «لا ينكح الرجل المرأة على عمتها ولا على خالتها، ولا على اختها من الرضاعة»[4]. وهذا إنما هو مع عدم الاذن، وكون الطارئ نكاحها هي بنت الأخ أو بنت الاُخت، أما مع الاذن أو كون الطارئ نكاح العمة أو الخالة، فلا خلاف عندنا في الصحة.

ويدل على ذلك صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «لا تزوج ابنة الاخت على خالتها إلّا باذنها، وتزوج الخالة على ابنة الاُخت بغير اذنها»[5]، والاجماع على مساواة العمة والخالة في ذلك.

وأما أن النهي يدل على الفساد فقد تبيّن في الاُصول، وأما تزلزل عقد المدخول عليها فلم يتعرض للاحتجاج عليه، واعترض عليه المصنف في المختلف بأن النهي لا يدل على الفساد في المعاملات، إنما ذلك في العبادات[6].

وبأنه لو وقع العقد الطارئ فاسداً لم يكن لتخييرها في فسخ عقد نفسها وجه:

---

(١) السرائر: ٢٩٢.

(٢) صحيح مسلم ٢: ١٠٢٩ حديث ٣٧، سنن البيهقي ٧: ١٦٥.

(٣) التهذيب ٧: ٣٣٢ حديث ١٣٦٦، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤٣.

(٤) الفقيه ٣: ٢٦٠ حديث ١٢٣٦، التهذيب ٧: ٣٣٣ حديث ١٣٦٩، الاستبصار ٣: ١٧٨ حديث ٦٤٦.

(٥) التهذيب ٧: ٣٣٢ حديث ١٣٦٥، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤٢.

(٦) المختلف: ٥٢٨.

لأن المقتضي للفسخ الجمع، ومع وقوع العقد فاسداً لا جمع.

ولقائل أن يقول: إنّ النهي في المعاملات وإن لم يدل على الفساد بنفسه، لكنه اذا دل على عدم صلاحية المعقود عليها للنكاح فهو دال على الفساد من هذه الجهة، كالنهي عن نكاح الأُخت والعمة والخالة، وكما في النهي عن بيع الغرر في البيع، والنهي في محل النزاع من هذا القبيل.

ب: تزلزل العقد الطارئ بحيث يقع موقوفاً على رضى العمة والخالة، مع كون عقد العمة والخالة لازماً كما كان، اختاره المحقق[١]، والمصنف، وجمع من المتأخرين[٢].

أما الحكم الأول وهو تزلزل الطارئ وعدم وقوعه فاسداً فلعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[٣] فإن المتنازع فيه إذا تعقبه رضى من يعتبر رضاه اندرج في هذا العموم، فوجب الحكم بصحته، فقبل الرضى لا يكون فاسداً، وإلاّ لم ينقلب صحيحاً.

ولا نعني بالموقوف إلاّ ذلك، ولأنه عقد صدر بدون رضى من يعتبر رضاه في صحته فكان كالفضولي، ولا دلالة في الأخبار السابقة على أنه بدون الرضى يقع فاسداً؛ لأن الحاصل من الأخبار بعد الجمع بينها هو المنع من العقد بدون الاذن، وذلك أعم من كون الأذن سابقاً أو لاحقاً.

على أن لقائل أن يقول: إن رواية محمد بن مسلم[٤] تدل على اعتبار سبق الاذن؛ لأن قوله عليه السلام: «لا تزوج ابنة الاخت على خالتها إلاّ باذنها» ظاهره ذلك؛ لأن أعم معاني الباء الالصاق، فيجب حصوله في وقت التزويج، والسابق إلى الفهم في مثل ذلك المصاحبة أو السببية، وكلاهما يعطي المراد.

---

(١) الشرائع ٢:٢٨٨.

(٢) منهم الشهيد في اللمعة: ١٨٨، والفاضل المقداد في التنقيح ٣:٦٢.

(٣) المائدة: ١.

(٤) التهذيب ٧:٣٣٢ حديث ١٣٦٥، الاستبصار ٣:١٧٧ حديث ٦٤٢.

واظهر منه دلالة ما رواه علي بن جعفر في الصحيح عن أخيه موسى عليه السلام أنه قال في حديث: «ولا تزوج بنت الأخ والأُخت على العمة والخالة إلّا برضىً منها، فمن فعل فنكاحه باطل»[1].

فإن قيل: الرضى اللاحق رضى منها.

قلنا: ليس هو تزويجاً بالرضى؛ لأن المتبادر كون الرضى حين التزويج، ولا يفهم من هذا اللفظ الا هذا.

وأما الحكم الثاني وهو كون عقد العمة والخالة لازماً كما كان؛ فلأنه صح ولزم، والأصل بقاء ذلك، ولأن المنهي عنه هو الطارئ فيختص بمقتضى النهي، وإن فسد فلا بحث، وإن كان موقوفاً يرجح الاول؛ لسبق لزومه، فلا يلزم تجدد تزلزله.

ج: تزلزل كل من العقدين السابق والطارئ، اختاره الشيخان[2] وسلار[3]؛ لأن العقد الطارئ صحيح فيتدافع العقدان.

قال المصنف في المختلف: كلام الأصحاب ليس فيه استبعاد؛ لأن عقد الداخلة صحيح في نفسه، لصدوره من أهله في محله جامعاً لشرائطه، واذا وقع صحيحاً تساوت نسبته ونسبة عقد المدخول عليها، وكما كان لها فسخ عقد الداخلة كان لها فسخ عقد نفسها[4].

وما ذكره المصنف ضعيف؛ لثبوت الأولوية لسبق اللزوم وانتفاء التكافؤ، وعدم الدليل الدال على انقلاب اللازم جائزاً.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (من النسب أو الرضاع، حرتين أو أمتين) يريد به عدم الفرق في الحكم المذكور بين كون العمومة والخؤلة في المذكورات

---

(١) التهذيب ٧:٣٣٢ حديث ١٣٦٨، الاستبصار ٣:١٧٧ حديث ٦٤٥.

(٢) المقنعة: ٧٧، النهاية: ٤٥٩.

(٣) المراسم: ١٥٠.

(٤) المختلف: ٥٢٨.

من النسب أو الرضاع؛ لعموم قوله عليه السلام: «الرضاع لحمة كلحمة النسب».

وقوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[١]، ولرواية أبي عبيدة الحذّاء عن أبي عبد الله عليه السلام[٢]، وأنه لا فرق بين كون العمة وبنت الأخ والخالة وبنت الأُخت حرتين أو أمتين أو بالتفريق؛ لشمول النصوص السابقة للأمة كما يشمل الحرة، وهذا إنما هو في النكاح بالعقد.

أما الوطء بملك اليمين ففيه اشكال، ويتصور فيه صور:

كون العمة وبنت أخيها مثلاً مملوكتين للواطء.

وكون العمة مملوكة له وبنت الأخ معقوداً عليها، وعكسه.

فإذا وطأ العمة بالملك فهل يحرم عليه وطء بنت الأخ بالملك؟ فيه اشكال ينشأ: من أن قوله عليه السلام: «لا تنكح المرأة على عمتها»[٣] يتناول محل النزاع، بناء على أن النكاح حقيقة في الوطء، وقد صرح به أئمة اللغة[٤].

ولرواية أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها»[٥]، والنكرة في سياق النفي للعموم، فيعم كل جمع حتى الجمع في الوطء بملك اليمين.

ومن أن استعماله في العقد شرعاً شائع، ولأن سلطنة النكاح بالنسبة إلى الأمة لمولاها، ولا اعتبار لاذنها معه، فكيف يكون لها سلطنة عليه بحيث يتوقف نكاحه على اذنها، على أن اذنها لا يعتد به أصلاً، وإنما المعتبر اذن سيدها.

---

(١) الكافي ٥:٤٤٢ حديث ٩، الفقيه ٣:٣٠٥ حديث ١٤٦٧، سنن ابن ماجة ١:٦٢٣ حديث ١٩٣٧.

(٢) الفقيه ٣:٢٦٠ حديث ١٢٣٦، التهذيب ٧:٣٣٣ حديث ١٣٦٩، الاستبصار ٣:١٧٨ حديث ٦٤٦.

(٣) صحيح مسلم ٢:١٠٢٩ حديث ٣٧، سنن البيهقي ٧:١٦٥.

(٤) الصحاح ١:٤١٣ «نكح»، القاموس المحيط ١:٢٥٤ «نكح».

(٥) التهذيب ٧:٣٣٢ حديث ١٣٦٦، الاستبصار ٣:١٧٧ حديث ٦٤٣.

. . . .

ولابـد من ارادة العقـد في الحـديث قطعاً، إذ العقد ممنوع منه، والمشترك لا يستعمل في معنييه حقيقة، وفي بعض الأخبار التصريح بالتزويج.

ولو وطأ العمة بالملك فهل يحرم عليه العقد على بنت الأخ؟ فيه اشكال، لا يخلو من ضعف، يعلم مما سبق في العقد على أُخت الموطوءة بالملك.

وهل يحرم عليه وطء العمة بعد ذلك؟ الظاهر لا؛ لأن العقد على بنت الأخ حيث يمنع منه إنما هو لتكريم العمة؛ لتوقفه على اذنها، فلو كان العقد على بنت الأخ موجباً لتحريم وطء العمة لكان ذلك موجباً لزيادة اهانتها.

ولـو عقـد على العمة، ثم أراد وطء بنت الأخ بالملك فهل يتوقف فيه على الرضى؟ فيه اشكال يعلم وجهه مما سبق في أول هذه المسائل.

ويمكن ادعاء التوقف هنا بطريق أولى؛ لأنه لما كان المقتضي لتحريم بنت الأخ تكريم العمة، فإذا كانت بنت الأخ مملوكة كان امتهان العمة بذلك أشد، فكيف كان فتوقف الحل على الاذن في الثالثة أقوى.

واعلم أن قوله عليه السلام: «حرتين أو أمتين» المراد بهما العمة وبنت الأخ أو الخالة وبنت الأُخت، كما أن قوله من النسب مرتبط بهما. ويحتمل ارتباط بنت الأخ أو الأُخت؛ لأنهما المحدث عنه، أو بالعمة والخالة لقربهما.

وقوله: «لا ملك يمين» معطوف على جملة لو تزوج بتقدير محذوف صورته: لا أن الملك ملك يمين، ولابد من ارتكاب التوسع؛ لأن المراد الوطء بملك اليمين.

وقول المصنف: (فإن أجازت العمة أو الخالة...) متفرع على القول بوقوع العقد الطارئ موقوفاً. ووجه قوله: (ولا مهر قبل الدخول) ظاهر؛ لأنه لا نكاح ثم على تقدير الفسخ.

ولا يخفي أن القول ببطلان العقد الطارئ لا يخلو من قوة، فإن النصوص دالة عليه، إلّا أن المشهور خلافه.

وهل للعمة أو الخالة فسخ عقدهما والاعتزال؟ قيل: نعم، وفيه نظر، فتقع العدة حينئذٍ بائنة.

ح: لو عقد على الأمة من دون اذن الحرة بطل، أو كان موقوفاً على رأي، وتتخيرّ الحرة في فسخه وامضائه. وهل لها فسخ عقدها السابق؟ قيل: نعم.

قوله: (وهل للعمة أو الخالة فسخ عقدهما والاعتزال؟ قيل: نعم، وفيه نظر فتقع حينئذٍ العدة بائنة).

قد عرفت الخلاف في أن العمة والخالة هل لها فسخ عقد نفسها في الصورة المذكورة أم لا، وان اكثر الأصحاب وهم: الشيخان[١]، وسلار[٢]، وابن ادريس[٣] قائلون بذلك، وقد عرفت ضعف دليل هذا القول.

ولذلك قال المصنف: (وفيه نظر)، والأصح خلافه؛ لانتفاء الدليل عليه. فعلى القول به تقع العدة حينئذٍ ـ أي حين فسخها ـ بائنة، فإن عدة الفسخ لا تكون إلاّ كذلك.

قوله: (الثامنة: لو عقد على الأمة من دون اذن الحرة بطل، أو كان موقوفاً على رأي، وتتخير الحرة في فسخه وامضائه، وهل لها فسخ عقدها السابق؟ قيل: نعم).

لو عقد من تحته حرة النكاح على الأمة، بناء على أنه يجوز نكاح الأمة بالعقد.

وقد يقال: لا يلزم هذا البناء؛ لأن الحرة ربما كانت بعيدة عنه بحيث لا يمكنه الوصول اليها، ولابد له من نكاح الأمة، فهل يقع العقد على الأمة باطلاً في نفسه، أم

---

(١) المقنعة: ٧٧، النهاية: ٤٥٩.

(٢) المراسم: ١٥٠.

(٣) السرائر: ٢٩٢.

. . . .

يقع موقوفاً على رضى الحرة، فإن اجازته صح وإن ردته بطل؟ قولان للأصحاب:

ثم هل للحرة فسخ عقد نفسها السابق على العقد على الامة فيه قولان ايضا فهنا بحثان:

الأول: قال الشيخان[1]، وابن البراج[2]، وابن حمزة: إن عقد الأمة بوقوعه يقع موقوفاً[3]، واختاره المصنف في المختلف في أول كلامه[4]، وقال ابن أبي عقيل وابن الجنيد[5] وابن ادريس: انه يقع باطلاً[6].

ويلوح من اخر كلامه في المختلف الميل إليه؛ لأنه قال فيه: وإن كان ما قالوه ليس بعيداً من الصواب[7].

احتج الأولون بعموم: ﴿اوفوا بالعقود﴾[8]، فإنه عقد صدر بدون رضى من يعتبر رضاه، فوجب أن يقف على رضاه كالفضولي.

وبما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام: في رجل تزوج أمة فقال: «إن شاءت الحرة أن تقيم مع الأمة أقامت،وإن شاءت ذهبت الى أهلها»[9] الحديث.

واحتج الآخرون بما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: «تزوج الحرة على الأمة ولا تزوج الأمة على الحرة، ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه

---

(١) المقنعة: ٧٧، النهاية: ٤٥٩.

(٢) المهذب ٢:١٨٨.

(٣) الوسيلة: ٣٤٥.

(٤) المختلف: ٥٢٩.

(٥) نقله عنهما العلّامة في المختلف: ٥٢٩.

(٦) السرائر: ٢٩٢.

(٧) المختلف: ٥٢٩.

(٨) المائدة:١.

(٩) الكافي ٥:٣٥٩ حديث ١، التهذيب ٧:٣٤٥ حديث ١٤١٢.

. . . .

باطل»[١].

وعن حذيفة بن منصور قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج أمة على حرة لم يستأذنها قال: «يفرق بينهما»، قلت: عليه ادب قال: «نعم اثنى عشر سوطاً ونصف ثمن حد الزاني وهو صاغر»[٢].

وجه الاستدلال بهذه أن السؤال يحتمل رضى الحرة بعد العقد وعدمه، وترك الاستفصال دليل العموم، والتعزير إنما هو مع الدخول مع علمه بالتحريم.

أجاب المصنف في المختلف بأن المراد من كونه باطلاً أنه آيل الى البطلان على تقدير اعتراض الحرة[٣]، وهو ضعيف؛ لأن ذلك خلاف الظاهر، ورواية سماعة[٤] لضعفها لا تصلح للمعارضة.

الثاني: قال الشيخان[٥]، وابن البراج[٦]، وابن حمزة[٧]، وسلار: للحرة فسخ عقد نفسها[٨]. وبه قال ابن ادريس[٩] ثم رجع عنه. قال المصنف في المختلف: ويحتمل المنع على قول ابن أبي عقيل[١٠]، وكأنه إنما قال ذلك لعدم تصريح ابن أبي عقيل بالمنع

---

(١) الكافي ٥: ٣٥٩ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٤٤ حديث ١٤٠٨.

(٢) التهذيب ٧: ٣٤٤ حديث ١٤١١، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٥.

(٣) المختلف: ٥٢٩.

(٤) الكافي ٥: ٣٥٩ حديث ٤، التهذيب ٧: ٣٤٥ حديث ١٤١٢.

(٥) المقنعة: ٧٧، النهاية: ٤٥٩.

(٦) المهذب ٢: ١٨٨.

(٧) الوسيلة: ٣٤٥.

(٨) المراسم: ١٥٠.

(٩) السرائر: ٢٩٢.

(١٠) المختلف: ٥٢٩.

ولو تزوج الحرة على الأمة مضى العقد، وتتخيّر مع عدم العلم في امضاء عقدها وفسخه، لا عقد الأمة.

ولو جمع بينهما صح عقد الحرة، وكان عقد الأمة موقوفاً أو باطلاً.

ولو عقد على من يباح نكاحها ويحرم، دفعة، صح عقد الأُولى دون الثانية.

هنا، بخلاف العمة والخالة، والتقريب من الجانبين كما تقدم هناك، والأصح المنع.

قوله: (ولو تزوج الحرة على الأمة مضى العقد، ويتخير مع عدم العلم في امضاء عقدها وفسخه لا عقد الأمة. ولو جمع بينهما صح عقد الحرة وكان عقد الأمة موقوفاً أو باطلاً، ولو عقد على من يباح نكاحها ويحرم دفعة صح عقد الأُولى دون الثانية).

اذا تزوج الحرة على الأمة فالعقد ماض وليس للأمة اعتراض، بخلاف الحرة؛ للأصل، ولأن المنع من العقد على الأمة لمن عنده حرة مكرمة للحرة، وذلك منتف في الأمة.

اذا عرفت ذلك فاما أن تكون الحرة عالمة بأن للزوج زوجة أُخرى هي الأمة، أو لا. فإن كانت عالمة لم يكن لها اختيار في فسخ عقد نفسها، ولا في فسخ عقد الأمة؛ لأن دخولها على الأمة مع علمها يتضمن رضاها. وان لم تكن عالمة، ولم ترض بعد العلم كان لها فسخ عقد نفسها لا فسخ عقد الأمة؛ لأن عقد الأمة قد سبق لزومه فلا سبيل الى ابطاله.

ولصحيحة يحيى الأزرق عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل كانت له امرأة وليدة، فتزوج حرة ولم يعلمها أن له أمرأة وليدة، فقال: «إن شاءت الحرة أقامت، وإن شاءت لم تقم»[1] الحديث.

---

(١) التهذيب ٧: ٣٤٥ حديث ١٤١٣.

. . . .

واذا جمع بين الأمة والحرة في عقد واحد، كأن يزوج رجل ابنته وأمته من رجل بعقد واحد، أو يزوج امته وبنت غيره بالوكالة، ونحو ذلك، فإن كانت الحرة عالمة راضية فالعقد ماض، وإن لم تكن راضية ولم ترض بطل نكاح الأمة. وكذا لو لم تعلم ثم علمت، ولا يفسد العقد على الحرة عندنا؛ لانتفاء المقتضي.

وفي صحيحة أبي عبيدة الحذّاء عن الباقر عليه السلام: في رجل تزوج حرة وأمتين مملوكتين في عقد واحد، قال: «أما الحرة فنكاحها جائز، وإن كان قد سمّى لها مهراً فهو لها. وأما المملوكتان فإن نكاحهما في عقد مع الحرة باطل، يفرق بينه وبينهما»[١].

وذهب المصنف في المختلف إلى أن للحرة فسخ عقد نفسها؛ لأنه عقد واحد وقع متزلزلاً ولا أولوية[٢]. وفيه منع؛ لأنها اذا لم ترض بعقد الأمة فسد فتحققت الأولوية،وللرواية. والشافعي أجرى فيه القولين في تفرق الصفقة في البيع[٣].

فإن قيل: يجب مراعاة لما سبق أن يكون عقد الحرة باطلاً اذا لم تعلم بالأمة، كما اذا ادخل العمة على بنت اخيها وهي جاهلة.

قلنا: الفرق ثبوت الخلاف وانتفاؤه هنا، ووجود الدليل الدال على البطلان هناك وانتفاؤه هنا فلا يتعرض به.

---

(١) الفقيه ٣:٢٦٦ حديث ١٢٦٤، التهذيب ٧:٣٤٥ حديث ١٤١٤.

(٢) المختلف: ٥٢٩.

(٣) الفتح العزيز (المطبوع بهامش المجموع) ٨:٢٣٢.

ط: قيل يحرم على الحر العقد على الأمة إلّا بشرطين: عدم الطول وهو المهر والنفقة، وخوف العنت وهو مشقة الترك. وقيل: يكره.

فعلى الأول تحرم الثانية، ولا خلاف في تحريم الثالثة.

ومثله ما لو جمع بين مَن يباح نكاحها ويحرم دفعة، كالعمة وبنت اخيها مع عدم رضى العمة، وكعمة نفسه وبنتها توفيراً على كل منها حكمة، ولا يضر اتحاد العقد؛ لأن تفريق الصفقة غير قادح عندنا.

واعلم أن قول المصنف: (لو جمع بينهما) يتناول ما اذا جمع بينهما في عقد وبين ما اذا عقد على كل منها عقداً مستقلاً واقتران العقدان، وكذا لو عقد على مَن يباح نكاحها ويحرم دفعة.

قوله:(التاسعة:قيل: يحرم على الحر العقد على الأمة إلّا بشرطين: عدم الطول وهو المهر والنفقة، وخوف العنت وهو مشقة الترك. وقيل: يكره، فعلى الأول تحرم الثانية ولا خلاف في تحريم الثالثة).

لا خلاف بين علماء الاسلام في جواز نكاح الأمة بالعقد لمن فقد طول الحرة وخشي العنت، واختلفوا في الجواز إذا انتفى أحد الأمرين. والمشهور بين متقدمي الأصحاب التحريم، ذهب إلى ذلك الشيخ في الخلاف والمبسوط[1]، وهو قول المفيد[2]، وابن ابي عقيل وابن الجنيد[3]، وابن البراج[4].

وذهب الشيخ في النهاية إلى الجواز على كراهية[5]، وتبعه ابن حمزة[6]، وابن

---

(١) الخلاف ٢١٨:٢ مسألة ٨٦ كتاب النكاح، المبسوط ٢١٤:٤.

(٢) المقنعة: ٧٧.

(٣) نقله عنهما العلّامة في المختلف: ٥٦٥.

(٤) المهذب ٢١٥:٢.

(٥) النهاية: ٤٧٦.

(٦) الوسيلة: ٣٥٧.

. . . .

ادريس[١]، واختاره المصنف في المختلف[٢].

احتج الأولون بقوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات ذلك لمن خشي العنت منكم﴾[٣].

وجه الاستدلال انه سبحانه شرط في نكاح الأمة عدم الطول؛ لأن من للشرط وشرط خوف العنت بقوله جل وعلا: ﴿ذلك لمن خشي العنت منكم﴾، وبما رواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يتزوج المملوكة قال: «اذا اضطر اليها فلا بأس»[٤] دل على ثبوت البأس مع انتفاء الضرورة.

والمراد بالاضطرار ما ذكر في الآية، وبأن البضع مبني على الاحتياط التام، فيقتصر في الحل على مورد النص.

واحتج الآخرون بأن الأصل الاباحة، وبعمومات الكتاب مثل قوله تعالى ﴿والذين هم لفروجهم حافظون إلاّ على ازواجهم أو ما ملكت ايمانهم﴾[٥] وهو شامل للمتنازع.

وقوله تعالى: ﴿ولأمة مؤمنة خير من مشركة﴾[٦]، وقوله تعالى: ﴿واحل لكم ما وراء ذلكم﴾[٧] وقوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾[٨].

---

(١) السرائر: ٢٩٢.

(٢) المختلف: ٥٦٥.

(٣) النساء: ٢٥.

(٤) التهذيب ٧: ٣٣٤ حديث ١٣٧١.

(٥) المؤمنون: ٥ـ٦.

(٦) البقرة: ٢٢١.

(٧) النساء: ٢٤.

(٨) النساء: ٣.

. . . .

وقوله تعالى ﴿وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم﴾[١] .

وما رواه ابن بكير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام قال: «لا ينبغي أن يزوج الحر المملوكة اليوم، إنما ذلك حيث قال الله عز وجل: ﴿ومن لم يستطع منكم طولا﴾، والطول المهر، ومهر الحرة اليوم مثل مهر الأمة أو أقل»[٢] وجه الاحتجاج بذلك أن قوله: «لا ينبغي» ظاهر في الكراهية.

وأجاب المصنف في المختلف عن حجة الأولين بأن الآية إنما تدل من حيث المفهوم، وهو ضعيف، فإذا عارضه المنطوق خرج عن الدلالة، على أن المعلق الأمر بالنكاح اما ايجابا أو استحباباً، واذا انتفى الأمر المعلق عليه انتفى الوصف الزائد على الجواز.

وأيضاً انه خرج مخرج الأغلب، فلا يدل على نفي الحكم عما عداه، وكذا الجواب عن الخبر[٣].

وفيه نظر؛ لأن مفهوم الشرط معتبر عند المحققين، ودلالة قوله تعالى: ﴿ذلك لمن خشي العنت منكم﴾[٤] لا ينحط عن المنطوق، ثم انه ليس ثم منطوق يعارض ذلك، فإن قوله سبحانه: ﴿إلّا على ازواجهم﴾[٥] انما يتناول الزوجة شرعاً، وليس النزاع إلّا في كون الأمة زوجة.

وقوله تعالى: ﴿ولأمة مؤمنة خير من مشركة﴾[٦] نقول بموجبه، ولا دلالة

---

(١) النور: ٣٢.

(٢) الكافي ٥: ٣٦٠ حديث ٧، التهذيب ٧: ٣٣٤ حديث ١٣٧٢.

(٣) المختلف: ٥٦٥.

(٤) النساء: ٢٥.

(٥) المؤمنون: ٥.

(٦) البقرة: ٢٢١.

. . . .

على جواز النكاح مطلقاً.

وقوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾[1] الظاهر أن المراد به من الحرائر بدليل قوله تعالى: ﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة﴾[2] وأجر الأمة لسيدها فلا تعطاه.

والمراد بما طاب من النساء: ما حل منهن، والكلام في محل النزاع إنما هو في الحل، وانكاح الاماء في الجملة لا يدل على الانكاح في محل النزاع. ثم قوله: المعلق الأمر بالنكاح غير ظاهر؛ لأن ذلك إنما يكون اذا قدر فلينكح مما ملكت ايمانكم، والآية المشرفة مسوقة لبيان الحل والحرمة، فلا يقدر إلّا ما يناسب ذلك مثل قوله: فنكاحه مما ملكت ايمانكم، ونحو ذلك.

وقوله انه خرج مخرج الاغلب خلاف الظاهر، ورواية ابن بكير[3] ضعيف، والقول بالتحريم أقوى.

ويحكى عن بعض الأصحاب قول ثالث وهو تحريم الأمة لمن عنده حرة[4]. وقد يستدل بقوله في رواية الحلبي: «ولا تزوج أمة على حرة، ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل»[5]، ولا دلالة فيه على حل ما سوى ذلك، وفائدة الخلاف ـ أعني القولين الأولين ـ يظهر في حل الثانية وتحريمها.

فعلى القول بالتحريم إلّا بشرطين يحل معها الواحدة وتحرم الثانية؛ لانتفاء خوف العنت. وعلى القول بالكراهة من دونها تحل الثانية على كراهية. أما الثالثة

---

(١) النساء: ٢٤.

(٢) النساء: ٢٤.

(٣) الكافي ٥: ٣٦٠ حديث ٧، التهذيب ٧: ٣٣٤ حديث ١٣٧٢.

(٤) نسب العلّامة في المختلف: ٥٦٥ هذا القول لأبي حنيفة والى بعض أصحابنا.

(٥) الكافي ٥: ٣٥٩ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٤٤ حديث ١٤٠٨.

. . . .

فتحرم اتفاقاً.

ولقائل أن يقول: تحريم الثانية على القول الأول إنما يظهر اذا كان الزوج قريباً منها، فأما اذا كان بعيداً بحيث لا يمكنه الوصول اليها فلا.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن الطول في اللغة: الزيادة والفضل، والمراد به هنا الزيادة في المال وسعته بحيث يتمكن معها من نكاح الحرة، فيقوم بها لابد منه من مهرها ونفقتها، ويكفي لنحو النفقة وجود المال بالقوة القريبة، كما في غلة الملك وكسب ذي الحرفة.

والعنت: الاثم الذي يؤدي إليه غلبة الشهوة.

قال في الكشاف: وأصل العنت انكسار العظم بعد الجبر، فاستعير لكل مشقة وضرر، ولا ضرر أعظم من مواقعة المآثم[1]. وقد فسر جمع العنت بأنه الزنا[2]، وزعم الشارح الفاضل والمصنف بأنه مدلوله شرعا[3].

وكذا فسر الطول شرعاً بأنه مهر الزوجة ونفقتها ووجودها، وليس بجيد؛ لأن ارادة هذا المعنى في الآية لا يقتضي النقل، فإن ذلك بعض استعمالات اللفظ، ويتحقق العنت بقوة الشهوة وضعف التقوى.

وينبغي أن يكون خوف الضرر الشديد مع قوة التقوى أيضاً كذلك، ويقبل قوله في ذلك إلّا أن يعلم كذبه، ولا يبطل النكاح بتجدد زوال الشرطين، ولم يذكر في الشرط عدم التمكن من ملك اليمين، وكأنه لم ينظر اليه شرعاً في النكاح بالعقد، وسيأتي في كلام المصنف في نكاح الاماء تحقيق ذلك.

---

(١) الكشاف ١:٥٢١.

(٢) منهم الشيخ في المبسوط ٤:٢١٤، وابن البراج في المهذب ٢:٢١٥.

(٣) ايضاح الفوائد ٣:٩٣.

الفصـل الثاني: في استيفاء عدد الطلاق والموطوءات:أما الأول: فمن طلق حرة ثلاث طلقات تتخللها رجعتان حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره وإن كان المطلق عبداً، وتحرم الأمة بطلقتين بينهما رجعة حتى تنكح زوجاً غيره وإن كان المطلق حراً.

قولـه: (الفصل الثاني: في استيفاء عدد الطلاق والموطوءات: أمـا الأول فمن طلّق حرة ثلاث طلقات يتخللها رجعتان حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره وإن كان المطلق عبداً، وتحرم الأمة بطلقتين بينهما رجعة حتى تنكح زوجاً غيره وإن كان المطلق حراً).

أجمع علماء الاسلام على أن الحر اذا طلق زوجته الحرة ثلاث طلقات بينهما رجعتان حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، سواء كان في نكاح واحد أو اكثر، في مجلس واحد أو اكثر، قبل الدخول أو بعده، ولابد أن يدخل بها الزوج الثاني ويفارقها بطلاق أو غيره وتنقضي عدتها.

قال الله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾[1] والمراد الطلقة الثالثة.

وروى أبو بصير عن الصادق عليه السلام: عن المرأة التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره: «هي التي تطلق ثم تراجع ثم تطلق ثم تراجع ثم تطلق الثالثة، فهي التي لا تحل لزوجهـا حتى تنكح زوجاً غيره ويذوق عسيلتها»[2]، هذا حكم الحر بالنسبة الى الزوجة الحرة.

---

(١) البقرة: ٢٣٠.

(٢) الكافي ٦:٧٦ حديث ٣، التهذيب ٨:٣٣ حديث ٩٨، الاستبصار ٣:٢٧٤ حديث ٩٧٣.

وأما الثاني: فالحر اذا تزوج دائماً أربع حرائر حرم عليه مازاد غبطة حتى تموت واحدة منهن، أو يطلقها بائناً، أو يفسخ عقدها بسبب، فإن طلق رجعياً لم تحل له الخامسة حتى تخرج العدة، ولو كان الطلاق بائناً حلّت في الحال على كراهية.

أما حكمه بالنسبة إلى الأمة فقد اطلق الأصحاب على أن الاعتبار في الطلاق بحال الزوجة، فإن كانت حرة لم تحرم إلاّ بطلقات ثلاث وإن كان الزوج عبداً،وإن كانت أمة حرمت بطلقتين بينهما رجعتان إلى أن تنكح زوجا غيره.

وإن كان الزوج حراً، والعامة جعلت الاعتبار بالزوج فإن كان حراً اعتبروا الطلاق ثلاثاً وإن كانت الزوجة أمة، وإن كان عبدا ثبت التحريم بعد طلقتين وإن كانت زوجته حرة.

وروى محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «طلاق المرأة اذا كانت تحت مملوك ثلاث تطليقات، وإن كانت مملوكة تحت حر فتطليقتين»[1].

وروى الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «طلاق الحرة اذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات، وطلاق الأمة اذا كانت تحت الحر تطليقتان»[2].

قوله: (وأما الثاني فالحر اذا تزوج دائماً أربع حرائر حرم ما زاد عليه غبطة حتى تموت واحدة منهن،أو يطلقها بائناً، أو يفسخ عقدها بسبب، فإن طلق رجعياً لم تحل له الخامسة حتى تخرج العدة، ولو كان الطلاق بائناً حلت في الحال على كراهية).

أجمع أهل الاسلام على أنه يجوز للحر أن يتزوج بالعقد الدائم اربع حرائر،

---

(١) التهذيب ٨٣:٨ حديث ٢٨١.

(٢) الفقيه ٣٥١:٣ حديث ١٦٧٧، التهذيب ٨٣:٨ حديث ٢٨٢.

ولا يجوز له الزيادة عليهن غبطة، أي دواماً. يقال: أغبطت السماء أي دام مطرها، ذكر نحوه في القاموس[١]. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾[٢] والواو للتخيير لا للجمع وإلّا لجاز نكاح ثماني عشرة؛ لأن معنى قوله (مثنى) اثنتين اثنتين، وكذا قوله: (وثلاث) معناه ثلاثا ثلاثا، وقوله(ورباع) معناه اربعاً اربعاً.

وروى العامة أن غيلان بن مسلمة الثقفي أسلم وتحته عشر نسوة قال له النبي صلّى الله عليه وآله: «أمسك اربعا وفارق سائرهن»[٣].

ومن طريق الأصحاب ما رواه زرارة بن أعين أو محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «لا يجمع ماءه في خمس»[٤].

وفي الحسن عن جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام: في رجل تزوج خمساً في عقد، قال: «يخلي سبيل أيتهن شاء ويمسك الأربع»[٥].

ويحكى عن بعض الزيدية جواز العقد على تسع وهم القاسمية، قال الشيخ رحمه الله: هذه حكاية الفقهاء عنهم ولم أجد أحداً من الزيدية يعرف بذلك بل انكروها اصلا[٦].

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه متى طلق واحدة من الأربع بائناً، أو فسخ نكاحها بسبب من الأسباب الموجبة للفسخ، حلت له الخامسة في الحال؛ لانقطاع العصمة

---

(١) القاموس المحيط ٢:٣٧٥ «غبط».

(٢) النساء: ٣.

(٣) سنن البيهقي ٧:١٨٢.

(٤) الكافي ٥:٤٢٩ حديث ١، التهذيب ٧:٢٩٤ حديث ١٢٣٣.

(٥) الكافي ٥:٤٣٠ حديث ٥، الفقيه ٣:٢٦٥ حديث ١٢٦٠، التهذيب ٧:٢٩٥ حديث ١٢٣٧

(٦) الخلاف ٢:٢١٤ مسألة ٦٢ كتاب النكاح.

ولو تزوج اثنتين دفعة حينئذٍ، قيل: يتخيَّر، وقيل: يبطل.

بذلك وصيرورتها كالأجنبية، ولهذا يجوز لمن طلق زوجته بائنا أن ينكح اختها في العدة، وهو مروي عن الصادق عليه السلام[1].

وما رواه زرارة في الصحيح عن الصادق عليه السلام انه قال: «اذا جمع الرجل أربعاً فطلق احداهن، فلا يتزوج الخامسة حتى تخرج عدة المرأة التي طلق» وقال: «لا يجمع ماءه في خمس»[2] محمول على الطلاق الرجعي؛ لأن الطلاق البائن لا يبقى معه جمع الماء في خمس وإن بقيت العدة، لأنها بالخروج من عصمة النكاح كالأجنبية، وان ذلك على جهة الأفضل.

نعم يكره العقد على الخامسة مادامت المطلقة بائناً في العدة، لتحرمها بحرمة النكاح، وللرواية المذكورة.

ومن هذا يعلم أن ذا الثلاث لو وطأ رابعة بشبهة حل العقد على اخرى في عدتها؛ لانتفاء الزوجية.

قوله: (ولو تزوج اثنتين دفعة حينئذٍ قيل: يتخير، وقيل: يبطل).

أي: لو تزوج ذو الأربع اثنتين دفعة - أي في عقد واحد، بأن كان وليهما أو وكيلهما واحداً فعقد عليهما معاً، أو في عقدين في زمان واحد، بأن جرى العقد معه ومع وكيله حينئذٍ، أي حين إذ طلق واحدة من الأربع بائناً - فللأصحاب قولان:

أحدهما: أنه يتخير من شاء منهما فيمسكها ويخلي سبيل الاُخرى، اختاره الشيخ في النهاية[3]، وابن البراج[4]، وهو قول ابن الجنيد[5]؛ لوجود المقتضي لصحة

---

(١) الكافي ٥:٤٣١ حديث ٦، التهذيب ٧:٢٨٦ حديث ١٢٠٧، الاستبصار ٣:١٧٠ حديث

(٢) الكافي ٥:٤٢٩ حديث ١، التهذيب ٧:٢٩٤ حديث ١٢٣٣.

(٣) النهاية: ٤٥٤.

(٤) المهذب ٢:١٨٤.

(٥) نقله عنه العلّامة في المختلف: ٥٢٦.

. . . .

العقد فيمن يختارها، وهو كونها محللة. وانتفاء المانع، إذ ليس إلاّ إنضمام العقد على الأُخرى إليه وهو لا يصلح للمانعية، فإن ضميمة المحرم إلى المباح لا يقتضي تحريم المباح، كما لو عقد على محرمة ومحللة؛ ولأنه لو عقد على اختين دفعة تخير، فكذا هنا.

أما الأُولى فلما رواه جميل بن دراج، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما عليه السلام: في رجل تزوج اختين في عقد واحد قال: «هو بالخيار أن يمسك أيهما شاء، ويخلي سبيل الأُخرى»[1].

وأما الثانية فللاتفاق على عدم الفرق بينها، ولأنه لو عقد على خمس دفعة تخير أربعاً، فكذا هنا.

أما الأُولى فلحسنة جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام: في رجل تزوج خمساً في عقد قال: «يخلي سبيل ايتهن شاء ويمسك الأربع»[2].

وأما الثانية فللاتفاق على عدم الفرق بينها.

والثاني: بطلان العقد، وهو قول ابن ادريس[3]، وابن حمزة[4]؛ لأن العقد عليهما معاً لا يجوز قطعاً، ولا على واحدة بعينها، لأن نسبة العقد اليهما على حد سواء، وكل واحدة منها ممنوع من نكاحها مع الأُخرى فتعين البطلان.

ويمكن الجواب عن حجج الأولين: أما عن الأُولى فلأن المانعية إنما نشأت عن ضميمة كل منها إلى الاخرى، ولو لا ذلك لم يكن للتحريم مقتضي، وليس ذلك كالعقد على المحرمة والمحللة؛ لأن التحريم ثابت بدون العقد، فيكون العقد بالنسبة إلى المحرمة فاسداً، ولا وجه لفساده بالنسبة إلى الاخرى.

---

(١) الكافي ٥: ٤٣١ حديث ٣، التهذيب ٧: ٢٨٥ حديث ١٢٠٣.

(٢) الكافي ٥: ٤٣٠ حديث ٥، الفقيه ٣: ٢٦٥ حديث ١٢٦٠، التهذيب ٧: ٢٩٥ حديث ١٢٣٧.

(٣) السرائر: ٢٨٩.

(٤) الوسيلة: ٣٤٤.

ولو تزوج الحر حرة في عقد واثنتين في عقد وثلاثاً في عقد واشتبه السابق، صح نكاح الواحدة على الثاني.

ومنشـأ المنع من العقد على الاثنتين فيما نحن فيه هو ضميمة احداهما الى الأُخرى، وهو معنى مشترك بينهما، لا أولوية لأحداهما فيه على الأُخرى، فيكون كل منهما ممنوعاً من العقد عليها على هذا الوجه.

وقول المصنف في المختلف: إن العقد على الاثنتين معاً مثل العقد على المحرمة والمحللة عيناً، إذ لا فرق إلّا الاطلاق والتعيين، ولا أثر له في التحريم، إذ في التعيين تحرم المعينة فيبطل العقد عليها.

ويحل العقد على الأُخرى، وفي الاطلاق على واحدة مطلقة وتحرم اخرى مطلقة وقد عقد عليهما معاً فيدخلان في العقد، إذ لا وجود للكلي إلّا في جزئياته محصله[1]، يقتضي تعلق العقد بغير معينة ثم يعينها هو باختياره، وفيه نظر لأن المعقود عليها لابد من تعيينها، ولا يجوز العقد على احدى المرأتين.

وأما الروايتان فلا دلالة فيهما على أن الامساك بالعقد الأول. لأن من جدد العقد صدق أنه ممسك، وبه أجاب المصنف في التذكرة[2]، والأصح البطلان.

قوله: (ولو تزوج الحر حرة في عقد واثنتين في عقد، وثلاثاً في عقد، واشتبه السابق، صح نكاح الواحدة على الثاني).

هذا فرع على الخلاف في المسألة السابقة، وتقريره انه لو عقد الحر على حرة عقـداً دائـماً، وعلى اثنتين عقداً آخراً، وعلى ثلاث عقداً آخراً، واشتبه السابق من العقود، فإن قلنا في المسألة السابقة وهي ما اذا عقد ذو الثلاث على اثنتين دفعة ببطلان العقـد عليهـما، وهـو الأصح وهو القول الثاني، صح نكاح الواحدة خاصة وبقي

---

(١) المختلف: ٥٢٦.

(٢) التذكرة ٢: ٦٣٥.

. . . .

الاشتباه في العقدين الاخرين.

أما الواحدة؛ فلأن عقدها إن تقدم أو توسط أو تأخر، لم يزد به العدد على النصاب؛ لأن أحد العقدين الأخرين فاسد، فهي اما ثالثة أو رابعة.

وأما العقدان الآخران فأيها تأخر عن الآخر تحقق حصول الزيادة على النصاب، فكان باطلاً، فيكون الاشتباه في الاثنتين والثلاث ثابتاً، وقد علم حكم الاشتباه مما مضى. هذا حكم الفرع بناء على القول الثاني في المسألة السابقة.

وأما على القول الأول وهو التخيير فلم يتعرض المصنف لبيان الحكم هنا، وتحقيقه: ان نكاح واحدة من الثلاث صحيح على كل تقدير من التقديرات الممكنة؛ لأنه إن تقدم عقد الثلاث صح نكاح الجميع، وكذا إن وقع بعد عقد الواحدة.

ولو وقع بعد عقد الاثنتين صح نكاح الأثنتين من الثلاث، ولو وقع بعد عقد الواحدة والاثنتين صح نكاح واحدة من الثلاث، فنكاح واحدة على كل تقدير صحيح، والاشتباه في كونها بالتخيير أو لا. فإذا اختار واحدة منهن بقي الاشتباه في اثنتين باعتبار صحة نكاحها وفساده، وصحة نكاح واحدة وفساد نكاح الأُخرى فيتخير.

وأما عقد الواحدة فلا اشتباه في صحته جزماً إن تقدم، أو كان بعد عقد الثلاث، أو بعد عقد الاثنتين، وفساده جزماً إن وقع بعد العقدين وعقد الاثنتين، لاشتباه في صحته جزماً فيها، وذلك إن تقدم أو كان بعد عقد الواحدة، وفساده كذلك فيها اذا تأخر عن العقدين الأخرين، وصحته في واحدة وفساده في أُخرى، فيتخير، وذلك إذا وقع بعد عقد الثلاث وقبل عقد الواحدة.

والحاصل أن له التخيير في تعيين واحدة من الثلاث اللواتي في عقد، والخمس البواقي منهن ثلاث نكاحهن صحيح لازم، واثنتان نكاحها باطل، وقد وقع الاشتباه فتجري أحكامه السابقة.

ويحل له بملك اليمين والمتعة ما شاء مع الأربع وبدونهن،

اذا عرفت ذلك فعلى القول الأول حقوق الزوجية ثابتة للمنفردة قطعاً؛ لصحة نكاحها ولها ربع الربع أو ربع الثمن باعتبار وجود الولد وعدمه، مع التفاوت بين الربع والثلث وهو نصف سدس يكون موقوفاً بين المنفردة، والثلث لاحق للاثنتين فيه ولأمكان صحة عقدهما بسبقه على عقد الثلث، فيكون الربع أو الثمن بين الواحدة والاثنتين، ويبقى ثلث الربع أو الثمن موقوفين بين الاثنتين، والثلاث لاحق للواحدة فيها.

فإن تبين الخلاف أو قلنا بالقرعة، فلا بحث. وإن أفضى الحال إلى الصلح اعتبر فيه رضى من يحتمل استحقاقه، فلا يعتبر رضى الاثنتين في نصف السدس ولا رضى الواحدة في الثلثين.

وعلى القول بالتخيير ربع نصيب الزوجية لمن يختارها من الثلاث، وثلاثة ارباعه موقوفة بين الكل إلى أن يتبين الحال بالتذكر أو القرعة أو يجري الصلح.

قوله: (ويحل له بملك اليمين والمتعة ما شاء مع الأربع وبدونهن).

أجمع علماء الاسلام على أنه يجوز للرجل أن ينكح بملك اليمين ما شاء من غير حصر في عدد، والأصل فيه عموم قوله تعالى: ﴿إلّا على ازواجكم أو ما ملكت ايمانكم﴾[1]. واطبق القائلون باباحة نكاح المتعة على أنه يجوز للرجل أن يتمتع بأكثر من أربع حرائر، ويدل عليه عموم قوله تعالى: ﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن﴾[2].

وما رواه زرارة بن أعين في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: قلت ما

---

(١) النساء: ٢٤.

(٢) النساء: ٢٤.

ولا تحل له من الاماء بالعقد الدائم أكثر من امتين من جملة الأربع.

ولا يحل له ثلاث اماء وإن لم تكن معه حرة ولا امتان مع ثلاث

يحل من المتعة قال: «كم شئت»[1].

وسأل أبو بصير الصادق عليه السلام عن المتعة أهي من الأربع فقال: «لا، ولا من السبعين»[2].

وعن زرارة عن الصادق عليه السلام قال: ذكر له المتعة أهي من الأربع قال: قال: «تزوج منهن ألفاً فانهن مستأجرات»[3].

وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في المتعة قال: «ليست من الأربع لأنها لا تطلق ولا ترث، وإنما هي مستأجرة» وقال: «عدتها خمس وأربعون ليلة»[4] لكن يكره الزيادة فيهن على الاربع حملاً على الدائم.

ولرواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام في المتعة قال: «هي إحدى الأربع»[5]، ونزلت على الاستحباب جمعاً بينها وبين ما سبق.

ولصحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: قال أبو جعفر عليه السلام: «اجعلوهن من الأربع»، فقال له صفوان بن يحيى: على الاحتياط؟ قال: «نعم»[6].

قوله: (ولا يحل له من الاماء بالعقد الدائم اكثر من اثنتين من جملة الأربع، ولا يحل له ثلاث إماء وإن لم يكن معه حرة، ولا امتان مع ثلاث

---

(١) الكافي ٥: ٤٥١ حديث ٣، التهذيب ٧: ٢٥٨ حديث ١١١٨، الاستبصار ٣: ١٤٧ حديث ٣٦.

(٢) الكافي ٧: ٤٥١ حديث ٤، التهذيب ٧: ٢٥٨ حديث ١١١٩، الاستبصار ٣: ١٤٧ حديث ٥٣٧.

(٣) الكافي ٥: ٤٥٢ حديث ٧، التهذيب ٧: ٢٥٨ حديث ١١٢٠، الاستبصار ٣: ١٤٧ حديث ٥٣٨.

(٤) الكافي ٥: ٤٥١ حديث ٥، التهذيب ٧: ٢٥٩ حديث ١١٢١، الاستبصار ٣: ١٤٧ حديث ٥٤٠.

(٥) التهذيب ٧: ٢٥٩ حديث ١١٢٢، الاستبصار ٣: ١٤٧ حديث ٥٤٠.

(٦) التهذيب ٧: ٢٥٩ حديث ١١٢٤، الاستبصار ٣: ١٤٨ حديث ٥٤٢.

حرائر.

حرائر).

اجمع الأصحاب على أنه لا يحل للرجل الحر من الاماء بالعقد الدائم اكثر من أمتين، وهما من جملة الأربع، فيحل له حرتان وأمتان، ولا يحل له أربع اماء، ولا ثلاث مع حرة وبدونها، ولا امتان مع ثلاث حرائر، وهذا إنما هو على القول بجواز نكاح الأمة اختياراً.

أما عند من يعتبر الشرطين فلا يجوز نكاح الثانية؛ لفقد الشرط.وقدسبق ذكره في كلام المصنف، وذكرنا ما يرد عليه هناك، وهنا مباحث:

أ: لا فرق في الأمة بين القنة والمدبرة والمكاتبة المشروطة والمستولدة والمطلقة التي لم تؤد شيئاً، وفيمن تحرر بعضها اشكال ينشأ: من عدم صدق اسم الحرة والأمة عليها. والأقرب التحريم نظراً إلى ما فيها من الرقية وتغليب جانب الحرية، وسيأتي في كلام المصنف.

ب: يجوز للحر أن ينكح من الاماء والمتعة والتحليل ما شاء من غير حصر عدد، وبه صرح المصنف في التحرير[1]، والظاهر أنه لا خلاف في ذلك. ولو كان عنده حرة فهل يعتبر رضاها في ذلك؟ الظاهر نعم، عملاً باطلاق الأخبار[2].

ج: لاريب أن الأمتـين اللتـين يجوز للحر نكاحها دواماً من جملة الأربع؛ للاطباق على أنه لا يجوز نكاح ما زاد على أربع دواماً. وقول المصنف: (ولا يحل له نكاح ثلاث أماء...) قد يقال انه تكرار؛ لأنه قد سبق في كلام المصنف قبل الفصل أنه لا خلاف في تحريم الثالثة.

ويمكن دفعه بأن الغرض هنا حصر جميع الصور، فيكون تفصيلاً بعد الاجمال.

---

(١) التحرير ٢:١٥.

(٢) الكافي ٥:٣٥٩ حديث ٤، التهذيب ٧:٣٤٤ و٣٤٥ حديث ١٤١٠ و١٤١١ و١٤١٢.

وأما العبد فتحرم عليه بالدائم أكثر من حرتين، وتحل له حرتان أو أربع اماء أو حرة وأمتان، وله أن يعقد متعة ما شاء مع العدد وبدونه، وكذا بملك اليمين.

ولو تجاوز العدد في عقد واحد، ففي التخيير أو بطلان العقد اشكال كالحر،

قوله: (وأما العبد فتحرم عليه بالدائم أكثر من حرتين، ويحل له حرتـان أو أربع اماء أو حرة وامتان، وله أن يعقد متعة ما شاء مع العدد وبدونه، وكذا بملك اليمين).

اطبق علمائنا على أن العبد يجوز له أن ينكح بالدائم حرتين، أو أربع اماء، أو حرة وامتين، وليس له أن يعقد على حرتين وأمة، ولا على ثلاث اماء وحرة؛ لأن الحرة في حقه بمنزلة امتين، ولأن العبد أنقص من الحر فلا يليق مساواته له في العدد من الحرائر، والأمة انقص من الحرة فلم يمتنع أن يكون له أربع اماء.

وقد روى محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن المملوك يتزوج أربع حرائر، قال: «لا يتزوج إلاّ حرتين إن شاء أو أربع اماء»[1]، وكذا في روايات أُخر[2].وله أن يعقد ما شاء متعة على الحرائر والاماء كالحر.

وكذا التحليل، سواء كان عنده العدد الذي يجوز له دواماً أم لا،وكذا القوْل في ملك اليمين.

قوله: (ولو تجاوز العدد في عقد واحد ففي التخيير أو بطلان العقد اشكال كالحر).

منشأ الاشكال: النظر إلى دليل كل من القولين فيما اذا تجاوز العدد في عقد

---

(١) الكافي ٥:٤٧٦ حديث ١، التهذيب ٧:٣٩٦ حديث ١٢٤٢، الاستبصار ٣:٢١٣ حديث ٧٧٥.

(٢) الكافي ٥:٤٧٧ حديث ٢، التهذيب ٧:٢٩٦ حديث ١٢٣٩، الاستبصار ٣:٢١٤ حديث ٧٧٧.

والمعتق بعضها كالأمة في حق الحر، وكالحرة في حق العبد في عدد الموطوءات.

أمـا في عدد الـطلاق فكالأمة معها، والمعتق بعضه كالحر في حق الاماء، وكالعبد في حق الحرائر.

فإنه قائم هنا، والعقدان اذا اقترنا كالعقد الواحد، والأصح البطلان على ما سبق.

قوله: (والمعتق بعضها كالأمة في حق الحر، وكالحرة في حق العبد في عدد الموطوءات، أما في عدد الطلاق فكالأمة معها).

لما كانت المعتق بعضها قد اشتملت على الرقية والحرية، كانت بالاضافة إلى الحـر كالأمة؛ لما فيها من الرقية، فإن التحريم على الوجه المعين دائر مع الرقية، وبالاضافة إلى العبد كالحرة، نظراً إلى ما فيها من الحرية. هذا في عدد الموطوآت تغليباً لجانب الاحتياط في حق كل منها.

أما في عدد الطلاق فإنها كالأمة معها تحرم بتطليقتين لما فيها من الرقية، فيجب أن يوفر عليها حكمها.

قوله: (والمعتق بعضها كالحر في حق الأمة، وكالعبد في حق الحرائر).

وتقـريبـه معلوم مما سبق؛ لأنـه قد جمع بين الحرية والرقية معاً، فوجب أن يوفرعلى كل حكمه، وأن يغلب جانب الاحتياط. ويمكن أن يكون السر في توحيد المصنف الأمة وجمع الحرائر أن الحر قد اختلف في جواز الأمة الواحدة له اختياراً، فالمنع على بعض الاراء متعلق بالواحدة في حقه.

وأما العبد فانه لا يمنع من الحرة ولا من الحرتين، إنما يمنع مما زاد.

* * *

الفصل الثالث: في الكفر، وفيه مطالب:

الأول: في أصناف الكفار، وهم ثلاثة:

أ: من له كتاب، وهم اليهود والنصارىٰ.

أما السامرة فقيل: إنهم من اليهود، والصابئون من النصارىٰ والأصل أنهم إن كانوا يخالفون القبيلتين في فروع الدين فهم منهم، وإن خالفوهم في أصله فهم ملحدة لهم حكم الحربيين.

ولا اعتبار بغير هذين كصحف ابراهيم وزبور داود عليهما السلام؛ لأنها مواعظ لا أحكام فيها وليست معجزة.

قوله: (الفصل الثالث: في الكفر، وفيه مطالب:

الأول: في أصناف الكفار، وهم ثلاثة:

الأول: من لهم كتاب وهم اليهود والنصارى، أما السامرة فقيل: إنهم من اليهود، والصابئون من النصارى. والأصل انهم إن كانوا يخالفون القبيلتين في فروع الدين فهم منهم، وإن خالفوهم في أصله فهم ملحدة لهم حكم الحربيين، ولا اعتبار بغير هذين كصحف ابراهيم وزبور داود؛ لأنها مواعظ لا أحكام فيها وليست معجزة).

من جملة موانع النكاح الكفر، وأصناف الكفار بالنسبة إلى جواز النكاح وعدمه ثلاثة أصناف:

الأول: أهل الكتاب حقيقة، وهم اليهود والنصارى بغير خلاف بين أهل الاسلام. وقد اختلف في السامرة والصابئين، فقيل: إن السامرة طائفة من اليهود، والصابئين طائفة من النصارى. قال الشيخ رحمه الله: والصحيح في الصابئة أنهم غير

. . . .

النصارى؛ لأنهم يعبدون الكواكب[١].

ويقال: إن الصابئين فرقتان فرقة توافق النصارى في اصول الدين، وفرقة اخرى تخالفهم فتعبد الكواكب السبعة، وتضيف الاثار اليها وتنفي الصانع المختار.

وكلام المفيد يقرب من هذا؛ لأنه قال: إن جمهور الصابئين توحد الصانع في الأزل، ومنهم من يجعل معه هيولى في العدم صنع منها العالم فكانت عندهم الأصل، ويعتقدون في الفلك وما فيه الحياة والنطق، وأنه المدبر لما في هذا العالم والدال عليه، وعظموا الكواكب وعبدوها من دون الله تعالى، وسماها بعضهم ملائكة، وجعل بعضهم الهة وبنوا لها بيوتا للعبادة، قال: وهؤلاء على طريق القياس الى مشركي العرب وعباد الاوثان اقرب من المجوس[٢].

وتحرير المبحث ان المفهوم من كلام بعض المحققين أنه لا كلام في أن السامرة تعد من اليهود والصابئين تعد من النصارى، وإنما الكلام والنزاع في أنهم منهم باعتبار حل المناكحة، فإن ثبت حل مناكحتهم فهم منهم، وإلاّ فهم ملحقون بغيرهم ممن لا يحل مناكحته وإن كانوا معدودين من القبيلتين.

وعبارة المصنف تعطي هذا المعنى؛ لأن اللائح من قوله: والأصل أنهم إن كانوا يخالفون القبيلتين إلى اخره، بيان تنزيل القولين في أن الطائفتين من القبيلتين المذكورتين أولا، فإنه يريد أن هاتين الطائفتين من اليهود والنصارى.

ومنشأ اختلاف القولين ـ في أنهم منهم أو لا ـ إنما هو في كونهم مبتدعة بالاضافة اليهم أو ملاحدة، وذلك لأنهم إن كان مخالفتهم لهم إنما هي في الفروع، فهم مبتدعة لا يخرجون بذلك عن كونهم منهم وتلحقهم أحكامهم. وإن كانت المخالفة في الأُصول

---

(١) المبسوط ٤: ٢١٠.

(٢) المقنعة: ٧٨.

. . . .

فهم ملاحدة خارجون منهم، وإن عدوا منهم فلا تلحقهم أحكامهم.

فعلى هذا لا يكون المراد من قول المصنف: (أما السامرة فقيل: إنهم من اليهود والصابئون من النصارى) ظاهرة، بل ما يدل عليه باقي كلامه وهو ما حققناه. وكلام المفيد والشيخ وإن كان المتبادر منه أنهم ليسوا منهم، إلّا أنه يحتمل أن يريدا به ما قلناه، إذ ليس في كلامهما ما يدل على أنهم لا يعدون منهم، فيحتمل أن يريد بكونهم غيرهم عدم لحوق أحكامهم لهم.

والحاصل من كلام المصنف التوقف في حل مناكحة كل من الطائفتين إلى أن تبين الحال في ذلك، وأن الاختلاف إنما هو في حال السامرة والصابئين لا في حكمهم؛ لأنهم على تقدير المخالفة في الأصول لا شك في تحريم نكاحهم، وعلى تقدير المخالفة في الفروع لهم حكم أهل الكتاب.

اذا تقرر ذلك فبأي طريق يعلم حالهم في المخالفة؟ لاريب أن التواتر وشهادة عدلين طريق إلى ذلك، وكذا الشياع. وهل يكفي قولهم؟ يحتمل قوياً ذلك؛ لأن اعتقاد المكلّف انما يعلم من قبله.

واعلم أن المشار إليه بهذين في قول المصنف: (ولا اعتبار بغير هذين) التوراة والانجيل، المدلول عليهما بذكر اليهود والنصارى. والمراد أن ما عدا التوراة والانجيل كصحف شيث وادريس، وصحف ابراهيم، وزبور داود لا اعتبار بها في كون المنسوبين إليها أهل الكتاب.

واختلف في سبب ذلك، فقيل: إنها لم تنزل عليهم بنظم تدرس وتتلى، وإنما اوحى اليهم معانيها. وقيل: إنها حكم ومواعظ وآداب، وليس فيها احكام وشرايع. وقيل: انها كانت وحياً كما أُخبر النبي صلّى الله عليه وآله بأشياء من الوحي.

وجملة القول أنه لم يثبت لغير اليهود والنصارى حرمة أهل الكتاب، فيتمسك فيهم بعموم المنع من مناكحة الكفار، ووجوب قتالهم الى أن يسلموا.

ومن انتقل إلى دين أهل الكتاب بعد مبعث النبي عليه السلام لم يقبل منه ولم تثبت لأولادهم حرمة ولم يقروا عليه، وإن كان قبله وقبل التبديل قبل وأُقر أولادهم عليه، وثبت لهم حرمة أهل الكتاب.

قوله: (ومن انتقل إلى دين أهل الكتاب بعد مبعث النبي صلّى الله عليه وآله وسلم لم تقبل منه، ولم تثبت لأولادهم حرمة، ولم يقروا عليه وإن كان قبله وقبل التبديل قبل وأُقر أولادهم عليه، ويثبت لهم حرمة أهل الكتاب).

أراد المصنف بهذا البحث تحقيق حال أهل الكتاب، والأحوال أربعة؛ لأن أول دخولهم في ذلك الدين: إما أن يكون قبل تطرق التحريف والنسخ إليه، أو بعدهما، أو بعد التحريف وقبل النسخ، فهذه أحوال ثلاثة، والرابع أن يشكل الأمر فلا يعلم شيء من ذلك.

ففي الأول لا شك في قبول ذلك الدين منهم، وثبوت حرمة أهل الكتاب لهم ولأولادهم، وجواز مناكحتهم عند من يجوّز مناكحة أهل الكتاب.

وفي الثاني إن كان دخولهم بعد بعثة نبينا صلّى الله عليه وآله ، لم يقروا عليه، ولم يثبت لهم حرمة أهل الكتاب؛ لسقوط حرمة ذلك الدين بنسخه، ووجوب دخولهم في دين الاسلام. نقل المقداد في التنقيح الاجماع على أن من دخل في دين أهل الكتاب بعد مبعث نبينا صلّى الله عليه وآله لا يقر عليه[1]، وهذا مناف لما ادعاه الشارح فخر الدين في بحث الانتقال، وهو المطلب الثالث في ثبوت الخلاف في ذلك[2].

---

(١) التنقيح الرائع ٣: ١٠١.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ٩٧.

وهل اليهود بعد مبعث عيسىٰ عليه السلام كهم بعد مبعث النبي صلّى الله عليه وآله؟ اشكال، وإن كان بينهما فإن انتقل الى دين من بدل لم يقبل، وإلاّ قبل.

وإن كان الدخول بعد مبعث عيسى عليه السلام، وهو الذي أراده المصنف بقوله: (وهل اليهود بعد مبعث عيسى عليه السلام كهو بعد مبعث النبي صلّى الله عليه وآله ؟ فيه اشكال، ومنشأ الاشكال أنه حينئذٍ قددخل في دين الباطل في اعتقاده، وفي نفس الأمر فلا يقبل منه ولا تقر أولاده عليه، ولعموم قوله تعالى: ﴿**ومن يبتغِ غير الاسلام ديناً فلن يقبل منه**﴾[1].

ومن عموم النص الدال على اقرار اليهود والنصارى، خرج من ذلك من كان دخوله بعد مبعث نبينا صلّى الله عليه وآله فيبقى، الباقي على حكمه.

ولأننا لا نعلم كيفية نسخ شرع عيسى عليه السلام لشريعة موسى عليه السلام، وهل نسخت بعضها أو كلها. وفي القبول قوة؛ لعموم النص الدال على الاقرار، ولم يثبت من النبي صلّى الله عليه وآله تفرقة بين من كان قد تهود قبل مبعث عيسى عليه السلام وبعده ولا تفحص عن ذلك، وكون ذلك الدين حينئذٍ باطلاً لا يمنع من احترامه.

قوله: (وإن كان بينهما، فإن انتقل الى دين من بدل لم يقبل، وإلاّ قبل).

هذا هو الحال الثالث، وهو أن يكون الدخول في دين أهل الكتاب والانتقال اليه بعد تبديله وتحريفه وقبل نسخه، وحكمه انه تمسك بالحق الذي ليس بمحرف، فلا شك في القبول، وإن تمسك بالمحرف لم يقبل منه على أصح الوجهين؛ لأن ذلك خارج عن ذلك الدين فهو كسائر الاديان الباطلة.

---

(١) آل عمران: ٨٥.

ولو اشكل هل انتقلوا قبل التبديل أو بعده، أو دخلوا في دين من بدل أو لا، فالأقرب اجراؤهم بحكم المجوس.

ب: من له شبهة كتاب وهم المجوس.

ويحتمل ضعيفاً القبول؛ لعموم النص، ولأن الصحابة تزوجوا منهم ولم يبحثوا عن أحوالهم. وليس بشيء؛ لأنهم بنوا على الظاهر من تمسكهم بالحق منه لالزامهم به حيث لم يعلم خلافه، أما بعد العلم فلا.

قوله: (ولو أشكل هل انتقلوا قبل التبديل أو بعده، أو دخلوا في دين من بدل أو لا، فالأقرب اجراؤهم بحكم المجوس).

هذا هو الحال الرابع، وهو أن يشكل الأمر ولا يعلم الدخول والانتقال قبل التبديل والنسخ أو بعدهما أو بينها وإن التمسك بالمبدل أو بغيره والأقرب عند المصنف في ذلك الأخذ بالاحتياط، فيجرى عليهم حكم المجوس، فيقرون بالجزية تغليباً لحقن الدماء. ولأنهم أولى بذلك من المجوس؛ لأنهم أهل كتاب حقيقة وإن لم يعلم حالتهم في تمسكهم فيه، وليس للمجوس إلّا شبهة كتاب.

وعلى هذا فعلى القول بالمنع من نكاح المجوس يمنع من نكاحهم، ولذلك حكمت الصحابة في نصارى العرب وهم بهرا وبنوح وتغلب.

ويحتمل العدم؛ لأن شرط الاقرار على التهود والتنصر الدخول قبل النسخ والتحريف، ولم يعلم، والجهل بالشرط يستلزم الجهل بالمشروط، والمجوس خرجوا بالنص. وفيه نظر؛ للمنع من كون ذلك شرطاً للاقرار، وإنما العلم بخلافه مانع منه، والأقرب ما قربه المصنف.

قوله: (الثاني: من لهم شبهة كتاب، وهم المجوس).

لما لم يكن المجوس أهل كتاب حقيقة، ولم يبلغوا في الحرمة مبلغ أهل الكتاب، أفردهم صنفاً برأسه. وإنما كانوا أهل شبهة كتاب؛ لما روي عن علي عليه السلام أنه

ج: من عدا هؤلاء، كالذين لا يعتقدون شيئاً، وعبّاد الأوثان والشمس والنيران وغيرهم.

أمـا الأول ففي تحريم نكاحهم على المسلم خلاف، أقربه تحريم المؤبد دون المنقطع وملك اليمين، وكذا الثاني.

وأما الثالث فإنه حرام بالاجماع في اصناف النكاح الثلاثة.

قال: «لهم كتاب فبدلوه فأصبحوا وقد اسري به ورفع عنهم».

وفي قول للشافعي أنهم لم يكونوا أهل كتاب البتة؛ لقوله عليه السلام: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب». وهو يشعر بأنهم ليسوا بأهل كتاب. كذا قيل، ولاريب أنه لا يدل على أنه ليس لهم كتاب أصلاً.

قوله: (الثالث: من عدا هؤلاء الذين لا يعتقدون شيئاً، وعبّاد الأوثان والشمس والنيران، وغيرهم).

هذا هو الصنف الثالث من أصناف الكفار، وهم مَن، لا كتاب له ولا شبه كتاب، وهم عبدة الأوثان والنيران والشمس والنجوم، والصور التي يستحسنونها كالحجر والبقر والقمر والمعطلة والزنادقة، وكل مذهب يكفر معتقده وهم المتمسكون بصحف شيث وادريس وابراهيم وزبور داود؛ لأنهم ليسوا أهل كتاب كما سبق.

قولـه: (أما الأول ففي تحريم نكاحهم على المسلم خلاف، اقربه تحريم المؤبد دون المنقطع وملك اليمين، وكذا الثاني، وأما الثالث فإنه حرام بالاجماع في أصناف النكاح الثلاثة).

لما ذكر أصناف الكفار الثلاثة بالنسبة الى جواز النكاح وعدمه، أردف ذلك أحكامها، وللأصحاب في ذلك اختلاف: فذهب بعضهم الى تحريم نكاح الكتابيات

ولا تحل المسلمة إلى أحد من أصناف الكفار الثلاثة، وإن سوغنا الدائم على الكتابية ثبت لها حقوق الزوجية كالمسلمة، إلّا الميراث والقسمة فلها نصف المسلمة الحرة، والحد ففي قذفها التعزير.

مطلقاً[١]، وبعضهم جوّز الدائم والمنقطع وملك اليمين[٢] وبعضهم جوّز المنقطع وملك اليمين ومنع الدائم[٣]، وهذا هو المختار ومقرب المصنف.

وأما المجوسيات فبعض مَن جوّز نكاح الكتابيات منع نكاحهن[٤] وبعض جوّز وطأهن بملك اليمين دون العقد[٥]، وبعض جوّز المتعة وملك اليمين[٦] وهو الأصح ومختار المصنف.

وأما الصنف الثالث فلا خلاف بين أهل الاسلام في تحريم نكاح نسائهم دواماً ومتعة وملك يمين، وقد تقدّم البحث في ذلك وذكر دلائله مستوفى.

قوله: (ولا تحل المسلمة على أحد من أصناف الكفار الثلاثة).

لا خلاف بين أهل الاسلام في أنه لا يجوز للمسلمة نكاح الكافر،أي الاصناف الثلاثة كان، وقد ورد النص على ذلك في الكتاب[٧] والسنة[٨].

قوله: (وإن سوغنا الدائم على الكتابية ثبت لها حقوق الزوجية كالمسلمة، إلّا الميراث والقسمة فلها نصف المسلمة الحرة،والحد ففي قذفها التعزير).

---

(١) ذهب اليه الشيخ الطوسي في التهذيب ٧:٢٩٦ والتبيان ٢:٢١٧.

(٢) نقله في التنقيح الرائع ٣:٩٦ عن ابن أبي عقيل.

(٣) ذهب اليه سلار في المراسم: ١٤٨.

(٤) منهم ابن ادريس في السرائر: ٢٩١.

(٥) نقله في التنقيح الرائع ٣:٩٩ عن ابن بابويه.

(٦) منهم الشيخ الطوسي في النهاية: ٤٥٧.

(٧) النساء: ١٤١.

(٨) الكافي ٥/٤٣٥ حديث ٢.

وعقد أهل الذمة إن كان صحيحاً عندهم أُقروا عليه، وإلاّ فلا.

اذا جوزنا نكاح الكتابية دواماً كما هو مذهب بعض الاصحاب[١]، أو أسلم زوج الكتابية عند الجميع فإنه يكون كالمسلمة في النفقة والمهر والطلاق والسكنى وأحكام الايلاء، فيطالب عند انتهاء المدة بالنفقة أو الطلاق والظهار واللعان.

بالجملة فعامة حقوق الزوجية، لأن النكاح عقد معاوضة فاستوت فيه المسلمة والكافرة كالبيع والاجارة، ولعموم دلائل تلك الحقوق الشاملة للكافرة كالمسلمة، لكن يستثنى من ذلك الميراث، فإنها لا ترث الزوج بل يرثها هو؛ لأن الكافر لا يرث المسلم ويرثه المسلم عندنا على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

واذا مات الزوج المسلم لم يكن للكافرة تغسيله عندنا؛ لاطباق العلماء على أن المسلم لا يغسله إلاّ مسلم.

وكـذا يستثنى القسمـة، فإن الكافرة وإن استحقتها في الجملة إلاّ أنها إنما تستحق نصف المسلمة الحرة.

وكـذا يستثني الحـد، فإن قذفها إنما يوجب التعزير خاصة، وكذا القول في القصاص، وهذان ليسا من حقوق الزوجية.

وكذا يستثنى ماء الغسل إن أوجبناه للمسلمة، فإنه لا يجب للكافرة إذ لا يصح غسلها، وكذا الحضانة فإن الأب المسلم أولى من الأُم الكافرة.

قوله: (وعقد أهل الذمة إن كان صحيحاً عندهم أقروا عليه، وإلاّ فلا).

أنكحة أهل الذمة صحيحة، وكذا طلاقهم واقع عند عامة أهل الاسلام، إلاّ مالكاً فإنه قال: لا تصح انكحتهم ولا يقع طلاقهم، وإنما يقرون عليها[٢]، وليس

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٧:٥٦٢، المجموع ١٦:٢٩٩.

(٢) نقله في ايضاح الفوائد ٣:٢٢ عن ابن أبي عقيل.

وكذا أهل الحرب، إلاّ في شيء واحد وهو أن الحربي اذا قهر امرأة من الحربيات وأسلم أُقر عليها إن كان يعتقد ذلك نكاحاً.

ولو قهر الذمي ذمية لم يقر عليها بعد الاسلام؛ لأن على الإمام الذب عنهم ودفع من قهرهم.

بشيء، فإن قوله تعالى: ﴿وامرأته حمالة الحطب﴾[1] و﴿قالت امرأة فرعون﴾[2] أطلق عليها سبحانه كونها امرأة، وذلك دليل على صحة النكاح، وعلى هذا فيترتب عليها أحكام النكاح الصحيح من الطلاق والظهار والايلاء ووجوب المهر والقسم والاحصان، وغير ذلك.

ومتى ظاهر من امرأته ثم أسلم فعلية كفارة الظهار؛ لعموم قوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾[3] وإن آلى ثبت حكم الايلاء، وكذا اللعان، وغير ذلك.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن المعتبر في صحة نكاح أهل الكفر كونه صحيحاً عندهم، ليلزمهم مقتضاه ويقرون عليه وإن كان فاسداً عندنا. أما لو كان فاسداً عندهم فإنهم لا يقرون عليه؛ لاعتقادهم أنه ليس نكاحاً، لكن يجب أن يستثنى من هذا ما اذا كان فاسداً عندهم صحيحاً عندنا فإنهم يقرون عليه قطعاً، وسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى استثناء ذلك في كلام المصنف وتحقيق الكلام في انكحتهم.

قوله: (وكذا أهل الحرب إلاّ في شيء واحد، وهو أن الحربي اذا قهر امرأة من الحربيات واسلم أُقر عليها إن كان يعتقد ذلك نكاحاً، ولو قهر الذمي ذمية لم يقر عليها بعد الاسلام؛ لأن على الامام الذب عنهم ودفع من

---

(١) المسد: ٤.

(٢) القصص: ٩.

(٣) المجادلة: ٣.

. . . .

قهرهم).

أي: وكذا عقد أهل الحرب إن كان صحيحاً عندهم أقروا عليه، هكذا مقتضى التشبيه، إلّا أنه لا يحسن موقع الاستثناء حينئذٍ، وقد كان الأحسن أن يبدأ باهل الحرب ثم يشبه بهم أهل الذمة في ذلك، ليصير الاستثناء محتاجاً اليه.

والحاصل أن نكاح أهل الذمة وأهل الحرب سواء، إن اعتقدوه صحيحاً حكم بصحته عندنا وأقروا عليه، وإن اعتقدوا فساده فهو فاسد لا يقرون عليه بعد الاسلام، وكذا قبله اذا ترافعوا إلينا، إلّا اذا اعتقدوا فساده وكان صحيحاً عندنا فإنهم يقرون عليه كما سيأتي.

ولا يستثنى من هذه المساواة، إلّا مسألة واحدة وهي ما اذا اعتقد الكافر قهر المرأة نكاحاً، فإنه اذا قهرها على جهة النكاح ثم أسلم أو ترافعا الينا، فإن المرأة إن كانت حربية حكم بصحة ذلك النكاح كغيره من الأنكحة التي لا تطابق الوجوه المعتبرة في النكاح.

وإن كانت ذمية لم يحكم بصحته ولم يقر عليه؛ لأن أهل الذمة يجب على الامام الذب عنهم ودفع القهر عنهم، ومتى وجب في شرع الاسلام دفع هذا القهر امتنع الاقرار عليهم والحكم بصحته واستدامته، وهنا مباحث:

الأول: قوله: (الحربي إذا قهر امرأة من الحربيات) ذكر الحربي غير محتاج إليه، بل الأولى تركه، فإن الذمي لو قهر الحربية معتقداً أن ذلك هو النكاح كان كما لو قهرها الحربي بغير فرق.

الثاني: لابد من اعتقاد كون القهر نكاحاً أن يكون الغرض به النكاح، فلو قهرها على قصد الاسترقاق مثلاً ثم أسلم، أو ترافعا الينا لم يحكم بالنكاح، والعبارة خالية من ذلك.

الثالث: قوله: (وإن قهر الذمي ذمية) ذكر الذمي غير محتاج إليه أيضاً. فإن

ولو نكح الكتابي وثنية وبالعكس لم يفسخ النكاح، والأقرب الحاق الولد بأشرفهما كالمسلم.

الحربي لو قهر ذمية ثم أسلم أو رفع الأمر الينا، كان الحكم واحداً في وجوب المنع. وقد يقال قوله: (لم يقر عليها بعد الاسلام) غير كاف في بيان حكم المسألة، بل كان ينبغي أن يقول: لم يقر عليها بعد الاسلام وقبله.

ويمكن دفعه بأن التعليل بقوله: (لأن على الامام الذب عنهم) مشعر بذلك، فأغنى عن التصريح.

قوله:(ولو نكح الكتابي وثنية وبالعكس لم يفسخ النكاح، والأقرب الحاق الولد باشرفهما كالمسلمين).

اذا نكح الكتابي وثنية أو نكح الوثني كتابية، كان النكاح صحيحاً كغيره من انكحة الكفار فإن الكفاءة حاصلة.

ونكاح الكفر محكوم بصحته كما سبق، فلا مانع من الحكم بالصحة، وعدول المصنف عن التعبير بصحة النكاح الى قوله: (لم يفسخ النكاح) ليس لأنه لا يرى صحته، إذ لو لم يكن صحيحاً لكان مفسوخاً، وإنما هو تفنن في العبارة.

فعلى هذا بأي الطرفين يلحق الولد بالكتابي أم بالوثني؟ فيه وجهان أقربهما عند المصنف الأول، وذلك لأنه قد ثبت شرعاً أن الولد يتبع أشرف الطرفين، فإذا كان أحدهما حراً أو مسلماً والآخر رقيقاً أو كافراً، يتبع الحر والمسلم دون الآخر، فكذا هنا؛ لأن الكتابي أشرف من الوثني فإنه يقر بالجزية ويجوز مناكحته، بخلاف الوثني.

فإن قيل: أشرف افعل التفضيل، فيلزم أن يكون لكل من الذميين شرف؛ لأنها يقتضي الاشتراك في المطلق وزيادة أحدهما على الآخر.

. . . .

قلنا: ليس بلازم، كما في قوله تعالى: ﴿أصحاب الجنة يومئذٍ خير مستقراً﴾[١]، وقوله تعالى ﴿افمن يمشي مكباً على وجهه أهدى أمن يمشي سويا على صراط مستقيم﴾[٢] ويحتمل العدم، وهو الوجه الثاني، فلا تحل المناكحة تغليباً للتحريم كالمتولد بين المأكول وغيره.

وفرّق بعضهم بأن الاسلام يعلو ويغلب سائر الأديان، وسائر الأديان تتقاوم ولا يغلب بعضها على بعض. ومن ثم قلنا: إن الكفر ملة واحدة، فعلى هذا فهل يفرّق بين ما اذا كان الولد صغيراً، وبين ما اذا بلغ وتدين بدين الكتابي من ابويه؟

ذهب بعض العامة إلى الفرق، فجوّز المناكحة على التقدير الثاني، وينبغي عدم الفرق؛ لأن تديّن الولد لا اعتبار به من دون اللحاق، وما قربه المصنف أقرب؛ لأن الكفر وإن كان ملة واحدة إلّا أنه لاريب في ثبوت المزيد والشرف لبعض على بعض، ولهذا تجوز مناكحة البعض ويقرون على دينهم دون البعض الآخر، وهنا مباحث:

الأول: على الاحتمال الثاني، وهو عدم الالحاق بالأشرف، لو بلغ واعتقد دين الكتابي من أبويه، فهل يقر بالجزية؟ صرح المصنف في التذكرة بذلك[٣]، وهو أصح وجهي الشافعية[٤]، تغليباً لحقن الدماء والمنع في النكاح للاحتياط.

الثاني: لو تولّد بين يهودي ومجوسي، وقلنا إن الولد يتبع الأشرف، فإذا بلغ واختار التمجس فهل يمكن منه؟ يحتمل ذلك؛ لانتفاء المانع، ولم يصرّح المصنف في التذكرة بشيء.

---

(١) الفرقان: ٢٤.

(٢) الملك: ٢٢.

(٣) التذكرة ٢:٦٤٨.

(٤) المجموع ١٦:٢٣٥، مغني المحتاج ٣:١٨٩.

وإذا تحاكم أهل الذمة إلينا، تخيّر الإمام بين الحكم بينهم وبين ردهم إلى أهل ملتهم إن اتفق الغريمان في الدين، وكذا إن اختلفا على اشكال في الرد.

فإن قلنا بالرد احتمل إلى من يختاره المدعي أو الحاكم أو الناسخ؛ لموافقة رأيه رأي الحاكم في بطلان المنسوخ،

الثالث: بيّن الشارح الفاضل ولد المصنف الأقرب على أن الكفر ليس بملة واحدة[1]، وليس بواضح؛ لأن كونه ملة واحدة لا يمنع من أشرفية بعض الكفار على بعض باعتبار الاعتقاد.

قوله: (وإذا تحاكم أهل الذمة الينا، تخيّر الإمام بين الحكم بينهم وبين ردهم إلى أهل ملتهم إن اتفق الغريمان في الدين، وكذا إن اختلفا على اشكال. فإن قلنا بالرد احتمل إلى مَن يختاره المدعي أو الحاكم أو الناسخ؛ لموافقة رأيه رأي الحاكم في بطلان المنسوخ).

لما ذكر ضابطاً في نكاح الكفار باعتبار تقريرهم عليه اذا أسلموا وتحاكموا الينا، أشار إلى بيان حكم تحاكمهم الينا، وجملة القول في ذلك: إن أهل الذمة إذا تحاكموا إلينا في حقوق الآدميين فإما أن يتفق الغريمان في الدين، أو يختلفا فيه.

فإن اتفقا تخيّر الامام في الحكم بينهم وبين ردهم الى ملتهم عند الأكثر؛ لقوله تعالى: ﴿**فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم**﴾[2]

والمراد بالاعراض عنهم والله اعلم: ردهم إلى حكم ملتهم؛ لأنه لا يجوز تركهم على النزاع المنجر إلى الفتنة.

وقيل بوجوب الحكم بينهم، وإن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى: ﴿**وأن احكم**

---

(١) ايضاح الفوائد ٣:٩٨.

(٢) المائدة: ٤٢.

بينهم بما انزل الله﴾[1] وإن على الامام دفع الظلم عنهم، وردهم إلى ملتهم يتضمن الظلم. والحق ان الآية محكمة، والظلم الذي يجب دفعه عنهم هو ما عدا ظلم دينهم؛ لأنهم يقرون عليه ويعتقدونه حقاً.

وان اختلف الغريبان في الدين فكذلك يتخير الامام بين الحكم والاعراض على اشكال ينشأ: من عموم الآية الشامل للمتفقين في الدين والمختلفين، ولا مخصص لهذا العموم في الكتاب والسنة. ومن أن الاعراض هنا يستلزم الرد إلى ملة أحد الخصمين، ويلزم منه محذورات:

الأول: الظلم، فإن الحكم على الآخر بغير حكم الاسلام، وما التزمه من دينه الذي يقر عليه ظلم قطعاً، يجب على الامام ازالته بمقتضى الذمة وبمقتضى قوله تعالى: ﴿وإن احكم بينهم بما انزل الله﴾.

الثاني: الخروج عن مقتضى عقد الذمة؛ لأن الذي تراضينا واياهم عليه تقريرهم على دينهم واجراء أحكام الاسلام لهم، والرد إلى أحد الملتين خروج عن ذلك بالنسبة إلى الخصم الآخر.

الثالث: إن الاعراض لو جاز لزم أحد الأُمور الثلاثة الآتية، وهي: إما الرد الى من يختاره المدعي، أو الحاكم، أو الناسخ، واللازم بأقسامه محذور باطل. بيان الملازمة انحصار الأمر على تقدير الرد في الأُمور الثلاثة بالاستقراء.

ووجه الأول ان يعتبر الحاكم حق المدعي، ووجه الثاني أن الحاكم هو المأمور بالحكم أو الرد فإليه التعيين.

ووجه الثالث ما ذكره المصنف من قوله: (لموافقة رأيه رأي الحاكم في بطلان المنسوخ).

---

(١) المائدة: ٤٩.

ولو تحاكم المستأمنان فكذلك.

ولو ترافع مسلم وذمي أو مستأمن وجب الحكم بينهما، وكل موضع يجب الحكم لو استعدى الخصم أعداه.

وبيان بطلان اللازم أن تعيين المدعي لغير من يجوز عليه حكمه لا أثر له، ولا يجوز للحاكم تعيين من حكمه ظلم لم يلتزمه الخصم، والملتان باطلتان لنسخهما فهما سواء في ذلك، والأصح وجوب الحكم هنا. وهذا كله في حقوق الآدميين، أما حقوق الله تعالى فسيأتي حكمها في الحدود.

قوله: (ولو تحاكم المستأمنان فكذلك).

أي: تخيّر الحاكم بين الحكم والرد مع اتفاق الدين ومع الاختلاف الاشكال، لكن قد يقال هنا: إن المستأمن لا يجب دفع الظلم عنه اذا وقع من بعضهم، فأما اذا ظلمهم المسلمون وجب على الامام النهي عن المنكر، فلا يجب الحكم بينهما بحال، أما اذا ترافع ذمي ومستأمن فإن وجوب الحكم هنا متجه كالمسلم والمستأمن.

قوله: (ولو ترافع مسلم وذمي أو مستأمن وجب الحكم بينهما).

لأنه لا يجوز رد المسلم إلى غير ملة الاسلام، ولا الاعراض عن الحكم بينه وبين خصمه لو كان مسلماً، فكيف إذا كان ذمياً أو مستأمناً.

قوله: (وكل موضع يجب الحكم لو استعدى الخصم أعداه).

قال في القاموس: استعداه استغاثه واستنصره[1]، ويقال اعدا زيد عليه نصره وأعانه وقواه، والمراد أن كل موضع يجب على الحاكم الحكم على تقدير الترافع، فإذا استعدى الخصم الحاكم على خصمه على تقدير عدم الترافع طالباً احضاره قبل الحكم وجب على الحاكم اجابته.

---

(١) القاموس المحيط ٤: ٣٦٠ «عدا».

وإذا أرادوا ابتداء العقد لم يزوجهم الحاكم إلّا بشروط النكاح بين المسلمين،فلا يصح على خمر أو خنزير. وإن تزوجا عليه ثم ترافعا: فإن كان قبل القبض لم يحكم بوجوبه واوجب مهر المثل، ويحتمل قوياً قيمته عند مستحليه. وإن كان بعده برئ الزوج،

قوله: (واذا أرادوا ابتداء العقد لم يزوجهم الحاكم إلّا بشروط النكاح بين المسلمين، فلا يصح على خمر او خنزير).

المراد ان أهل الذمة والمستأمنين اذا أرادوا انشاء العقد عند الحاكم، لم يجز له أن يزوجهم إلّا بشروط النكاح بين المسلمين، وإن كانوا لو عقدوا فيما بينهم لم يعترضوا في دينهم، لأنه لا يجوز للحاكم العمل بغير حكم الاسلام، فلا يعقد لهم على خمر أو خنزير.

ولابد أن يأتي بصيغة العقد الصحيح عندنا، ولا يعقد على الاختين لواحد، وغير ذلك من الأُمور التي يجب في شرع الاسلام رعايتها في النكاح، وكذا سائر العقود والايقاعات.

قوله: (وإن تزوجا ثم ترافعا، فإن كان قبل القبض لم يحكم بوجوبه وأوجب مهر المثل، ويحتمل قوياً قيمته عند مستحليه، وإن كان بعده برئ الزوج).

اذا عقد الكافران بينهما عقد النكاح على بعض المحرمات، نفي عبارة المصنف حذف تقديره: وإن تزوجا على خمر أو خنزير ثم ترافعا الينا في ذلك النكاح، فإما أن يكـون ذلك الترافع قبل قبض شيء من المهر، أو بعد قبض جميعه، أو بعد قبض البعض دون البعض.

فإن كان بعد قبض الجميع برئ الزوج؛ لوصول حق الزوجة اليها باعتقادهما، وبمقتضى دينها الذي اقرا عليه، وهذا هو الذي أراده المصنف بقوله: (وإن كان بعده

وإن كان بعد قبض بعضه سقط بقدر المقبوض ووجب بنسبة الباقي من مهر المثل أو القيمة، فإن كان عشرة أزقاق خمر قبضت خمسة، فإن تساوت بريء من النصف، وإن اختلفت احتمل اعتبار العدد إذ لا قيمة لها، والكيل، والأقرب القيمة عند مستحليه.

بريءَ الزوج).

وإن كان قبل قبض شيء منه فلا ريب في وجوب مهر، ولا يجوز الحكم بالمسمّى؛ لامتناع ذلك في شرعنا، بل يجب على الحاكم الحكم بمهر المثل؛ لأنه إذا فسد المسمّى وجب مهر المثل.

ويحتمل قوياً عند المصنف وجوب قيمته عند مستحليه؛ لأن المسمّى لم يفسد، بل صح فيما بينهم ولزم، ولهذا لو قبضته لم يجب لها غيره، بل تعذر الحكم به فوجب المصير إلى قيمته عند مستحليه؛ لأنه أقرب شيء اليه.

ومثله ما لو جرى العقد على عين تعذر تسليمها، فإنه يصار الى قيمتها، ولأن مهر المثل قد يزيد عن قيمة المسمّى،فلو حكم به الزم الزوج بزيادة عما في ذمته مع اعتراف الزوجة بعدم استحقاقها، وقد ينقص فتمنع الزوجة بعض حقها مع اعتراف الزوج بثبوته، وانه يجب الحكم بقيمة الخمر المحرّمة لو أتلفها متلف على ذمي وترافعا الينا.

ومثله ما لو جعلها ثمناً في البيع، وكذا الصلح وغيرها، فلا مانع من الحكم بالقيمة هنا، فالأصح الاحتمال الثاني.

قوله: (وإن كان بعد قبض بعضه سقط بقدر قيمة المقبوض، ووجب بنسبةالباقي من مهر المثل أو القيمة، فإن كان عشرة ازقاق خمر قبضت خمسة، فإن تساوت بريءَ من النصف، وإن اختلفت احتمل اعتبار العدد إذ لا قيمة لها، والكيل، والأقرب القيمة عند مستحليه).

. . . .

هذه هي الصورة الثالثة، وهي ما اذا ترافعا الينا بعد قبض بعض المهر، وحكمه سقوط قدر ذلك المقبوض من المهر وبراءة الذمة منه، ويبقى في الذمة باقية، فتجب بنسبة الباقي من مهر المثل والقيمة بناء على الاحتمالين السابقين، فينسب ما بقي من المهر إلى مجموعه، ويؤخذ بتلك النسبة من مهر المثل أو من القيمة.

فإما أن يكون جنساً واحداً أو جنسين، والجنس الواحد إما أن لا يكون فيه تعدد كزق خمر، أو يكون كزقي خمر. فإما أن يتساويا في القدر أو يختلفا، فإن كان الجنس واحداً لا تعدد فيه فالحكم ظاهر، فإن كان المقبوض نصفه فالواجب نصف مهر المثل أو نصف القيمة على الاحتمالين.

وكذا غير النصف من الاجزاء كثلث وربع وغيرهما، وكذالو كان فيه تعدد واستوى قدر آحاده كزقي خمر متساويين قدراً كيلا ووزناً.

ولو اختلف الآحاد قدراً احتمل اعتبار العدد، فيقسط عليه مهر المثل ولا ينظر الى التفاوت، فإذا كان المهر قدر عشرة ازقاق مثلاً، وقد قبضت خمسة منها وجب نصف مهر المثل.

وان تفاوتت قدراً فإنه لا قيمة لها ولا تعد مالاً، والقليل منها مثل الكثير في المالية، فتعتبر الجزئية بعدد آحادها. ويحتمل اعتبار القدر؛ لأن الجزئية الحقيقية إنما تكون باعتباره، فيحتمل اعتبار الكيل لاعتباره فيما يتساوى اجزاؤه. ويحتمل الوزن؛ لأنه أضبط.

ولو كان الصداق خنزيرين أو كلبين، فعلى اعتبار العدد لا بحث، وعلى اعتبار القدر يقدر قيمتها بقدر ماليتها، وينسب قيمة ما بقى إلى مجموع القيمتين، ويؤخذ من مهر المثل بتلك النسبة.

ولو تعدد الجنس كزقين وثلاثة خنازير احتمل اعتبار عدد الاجناس، فإذا قبضت الخمر بقي من المهر نصفه فيجب نصف مهر المثل، ووجهه انتفاء المالية فينظر

وطلاق المشرك واقع، فلو طلقها ثلاثا ثم أسلما لم تحل له حتى تنكح غيره.

وإذا تحاكموا إلينا في النكاح أقر كل نكاح لو أسلموا أقروهم عليه.

إلى التعدد الجنسي.

ويحتمل اعتبار عدد الآحاد، فيكون الباقي ثلاثة اخماس المهر. ويحتمل تقويمها بقدر ماليتها. وحيث قلنا بالتقويم وتقدير المالية، فإنما يعتبر ذلك بملاحظة القيمة عند من يستحله ويعده مالاً، والأقرب عند المصنف اعتبار القيمة للمسمّى عند مستحليه في جميع ذلك.

ووجه القرب أن هذه لا قيمة لها عند الشارع، وإنما حفظت على الذمي وصحت معاملاته عليها لأنها أموال بزعمه، وقد أقره الشارع على ذلك وضمن متلفها قيمتها بزعمه، فجهة ماليتها هي هذه لا غير فهي مناط تقويمها.

واعلم أن المصنف اقتصر على ذكر الكيل في التقدير؛ إما لأنه أشيع فيها تساوت اجزاؤه، ولأن ذكره ينبه على اعتبار الوزن، وقد صرح به في التذكرة[1].

قوله: (وطلاق المشرك واقع، فلو طلقها ثلاثاً ثم أسلم لم تحل حتى تنكح زوجاً غيره).

قد سبق بيان اعتبار طلاق المشرك، وهو فرع على أن نكاحه معتبر، وقدْ بينا وجهه فيما سبق، وعمومات الكتاب والسنة في الطلاق تتناول طلاق المشرك، فعلى هذا لو طلق زوجته ثلاثاً ثم أسلم حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره. ولو طلق تسعاً للعدة حرمت مؤبداً، إلى غير ذلك من أحكام الطلاق، وكما يحكم بصحة نكاحه إذا كان صحيحاً عندهم فكذا طلاقه.

قوله: (وإذا تحاكموا الينا في النكاح أُقر كل نكاح لو اسلموا اقرهم عليه).

---

(١) التذكرة ٢:٦٥١.

ولو طلق المسلم زوجته الذمية ثلاثاً، ثم تزوجت ذمياً، ثم طلقها، حلت للأول متعة ودواماً على رأي،ويشترط الاسلام على رأي.

هذا مشعر بأن ما سبق من قوله: (وعقد أهل الذمة إن كان صحيحاً عندهم أُقروا عليه) المراد به اقرارهم عليه بعد اسلامهم، وإلّا لم يكن لذكر هذا فائدة، لكن ظاهر العبارة السابقة يتناول باطلاقه ما اذا اسلموا وما اذا تحاكموا الينا.

قولـه: (ولو طلق المسلم زوجته الذمية ثلاثاً، ثم تزوجت ذمياً، ثم طلقها، حلت للأول متعة ودواماً على رأي، ويشترط الاسلام على رأي).

يتصور كون الذمية زوجة للمسلم فيها اذا أسلم زوج الكتابية بعد أن طلقها طلقتين ثم تزوجها واسلم وطلقها.

وعلى رأي مَن يجوّز للمسلم نكاح الكتابية دواماً، والأربط بعبارة الكتاب هو الفرض الأول، فإنه لو أُريد الثاني لكان بناء على جواز نكاح الكتابية للمسلم مطلقاً.

وحينئـذٍ فلا يحسن قولـه بعد ذلك: (حلت للأول متعة ودواماً على رأي...) ومقصود البحث التنبيه على جواز كون الذمي محللا.

وتحقيقه: ان المسلم اذا طلق زوجته الذمية ثلاثاً، ثم تزوجت ذمياً ثم طلقها، فإنها تحل للأول متعة ودواماً على قول من يجوّز للمسلم نكاح الكتابية مطلقاً، وعلى قول من يمنع نكاحها فإنها تحل له بشرط اسلامها.

ومحصل ذلك أن التحريم الناشيء عن التطليق ثلاثا قد زال بنكاح الذمي لها وتطليقه اياها؛ لأن نكاح الكفر صحيح، وكذا الطلاق الواقع حال الكفر.

وقوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾[1] شامل للذمي،وإذازال التحريم بالتطليق ثلاثاً بقي التحريم بالكفر عند من يقول به.

---

(١) البقرة:٢٣٠.

. . . .

ويمكن أن يكون الرأي الأول في العبارة مخصوصاً بقوله: (دواما)، ويكون قوله: (حلت للأول متعة) هو فتوى المصنف، وهو حسن.

ولا يتوهم أن الرأي في قوله: (حلت للأول متعة ودواماً على رأي) يشير به إلى الخلاف في صحة تحليل الذمي، بناء على أن نكاح الكفر وطلاقه غير صحيح.

أما أولاً: فلأن المخالف هنا مالك[1]، ومثل هذا الخلاف لا يتعرض اليه المصنف في مثل هذا الكتاب.

وأما ثانياً:فلأنهلو كان كذلك لم يكن للتعرض الى المتعة والدوام وجه، لأنه لا تفاوت بينهما بالنسبة الى التحليل، وإنما يتفاوتان بالنسبة إلى كون الزوجة كافرة، على أنه لو أُريد هذا لكان معنى قوله: (ويشترط الاسلام على رأي) ويشترط اسلام الزوج المطلق حين الطلاق.

والمتبادر من العبارة إنما هو اشتراط اسلام الزوجة؛ لأنها المحدّث عنه بقوله: (حلت)، ولانتفاء الاحتياج إلى تقدير محذوف، والأمر واضح، وهنا فائدة:

وهي أنه اذا طلق المسلم زوجته الذمية ثلاثاً، ثم تزوجت ذمياً وطلقها، فإن كان المسلم قد تزوجها في حال الكفر ثم أسلم، فإنها تحل له بعد اسلامها دواماً ومتعة قطعاً على القول بصحة نكاح الكفر وعدمه.

أما على الصحة فواضح، وأما على العدم، فإن بطلان النكاح يستدعي بطلان الطلاق المبني عليه فينتفي التحريم بسببه وإن كان المسلم قد تزوجها حال اسلامه، بناء على جواز نكاح الكتابية مطلقاً فإنهالا تحل له بتحليل الذمي بناء على بطلان نكاح الكفر.

ولوطلق الذمي زوجته ثلاثاً ثم أسلما لم تحل له إلاّ بالتحليل، بناء على صحة نكاحهم لا على بطلانه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧:٦٢.

المطلب الثاني: في الانتقال: اذا أسلم زوج الكتابية دونها، بقي على نكاحه قبل الدخول وبعده دائمًا ومنقطعاً، سواء كان كتابياً أو وثنياً.

وإن أسلمت دونه قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر.

ولو أسلما دفعة فلا فسخ، وبعده يقف على انقضاء العدة إن كان كتابياً، فإن مضت ولم يسلم فسد العقد على رأي وعليه المهر، أما المسمىٰ أو مهر المثل. وإن أسلم فيها فالنكاح بحاله.

قوله: (المطلب الثاني: في الانتقال: اذا أسلم زوج الكتابية دونها، بقي على نكاحه قبل الدخول وبعده، دائمًا ومنقطعاً، سواء كان كتابياً أو وثنياً).

مقصود هذا الفصل الانتقال من دين إلى دين، واقسامه ثلاثة، وذلك لأنه إما أن يكون الانتقال من دين باطل الى دين حق، أو من دين باطل الى دين باطل، أو من دين حق إلى دين باطل وهو الارتداد.

والكلام في القسم الأول إما من جهة انتقال الزوج أو الزوجة، فإذا أسلم الزوج والزوجة كتابية بقي النكاح، سواء كان الاسلام قبل الدخول أو بعده، وسواء كان النكاح دائمًا أو منقطعاً، وسواء كان الزوج كتابياً أو وثنياً.

ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء، سواء المجوّزين نكاح الكتابية والمانعين، والخلاف إنما هو في ابتداء المسلم نكاح الكتابية لا في استدامته، ولا محذور في ذلك؛ لأن الابتداء أضعف من الاستدامه.

قوله: (وإن أسلمت دونه قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر، ولو أسلما دفعة فلا فسخ، وبعده يقف على انقضاء العدة إن كان كتابياً، فإن مضت ولم يسلم فسد العقد على رأي وعليه المهر، إما المسمى أو مهر المثل، وإن أسلم فيها فالنكاح بحاله.

وأمـا غير الكتـابيين فأيهما أسلم قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال، وإن أسلما دفعة فالنكاح بحاله، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة، فإن أسلم صاحبه فالنكاح بحاله، وإلاّ بطُل.

وامـا غير الكتـابيين فأيهما أسلم قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال، وإن أسلما دفعة فالنكاح بحاله...وإلاّ بطل).

قد سبق حكم ما اذا أُسلم زوج الكتابية، فأما اذا أسلمت هي دونه، فإما أن يكون قبل دخوله بها أو بعده، فإن كان قبل الدخول انفسخ النكاح قطعاً؛ لامتناع كون الكافر زوجاً للمسلمة ولا مهر؛ لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة فلم يستحق مهراً.

ولو أسلما معاً قبل الدخول ثبت النكاح ولم يحصل فسخ؛ لانتفاء المقتضي للفسخ. وإن كان اسلام الزوجة دونه بعد الدخول وقف فسخ النكاح على انقضاء عدتها عدة الطلاق من حين تجدد اسلامها.

فإن انقضت العدة وهو على كفره تبيّن أنها بانت منه من حين اسلامها، وإن أسلم قبل انقضائها تبيّن بقاء النكاح، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الزوج كتابياً أو وثنياً.

وإنما قيّد المصنف بقوله:(إن كان كتابياً) ليبني عليه قوله: (فإن مضت ولم يسلم فسد العقد على رأي) فإن الخلاف إنما هو في الكتابي دون الوثني.

وتحرير البحث فيه إنه اذا أسلمت زوجة الذمي ولم يسلم حتى خرجت عدتها، للأصحاب قولان:

أحـدهـا: واختاره الشيخ في النهاية[1] بقاء النكاح، غير أنه لا يمكّن من

---

(١) النهاية: ٤٥٧.

. . . .

الدخول عليها ليلاً، ولا من الخلوة بها، ولا من اخراجها من دار الهجرة إلى دار الحرب ما دام قائماً بشرائط الذمة.

واحتج على ذلك بما رواه جميل بن دراج عن أحدهما عليهما السلام: في اليهودي والنصراني والمجوسي اذا أسلمت امرأته ولم يسلم قال: «هما على نكاحهما ولا يفرق بينهما، ولا يترك يخرج بها من دار الاسلام الى الهجرة»[1].

وما رواه محمد بن مسلم في الحسن عن الباقر عليه السلام قال: «إن أهل الكتاب وجميع من له ذمة اذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما، وليس له أن يخرجها من دار الاسلام إلى غيرها ولا يبيت معها ولكنه يأتيها بالنهار، وإنما المشركون مثل مشركي العرب وغيرهم فهم على نكاحهم الى انقضاء العدة.

فان أسلم الرجل ثم أسلمت المرأة قبل انقضاء عدتها فهي امرأته، وإن لم يسلم إلّا بعد انقضاء العدة فقد بانت منه ولا سبيل له عليها، وكذلك جميع من لا ذمة له»[2]. الحديث.

وجوابه: إن الرواية الأُولى ضعيفة مرسلة، والثانية معارضة بما هو أقوى منها، والقول الثاني بطلان النكاح واليه ذهب عامة الأصحاب: لصحيحة محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: سألته عن الرجل يكون له الزوجة النصرانية فتسلم، هل يحل لها أن تقيم معه؟ قال: «اذا أسلمت لم تحل له».

قلت: جعلت فداك فإن أسلم الزوج بعد ذلك أيكونان على النكاح؟ قال: «لا إلّا بتزويج جديد»[3].

وفي معناها رواية السكوني[4]، وهذا أصح وعليه الفتوى.

---

(١) التهذيب ٧:٣٠٠ حديث ١٢٥٤، الاستبصار ٣:١٨١ حديث ٦٥٨.

(٢) الكافي ٥:٣٥٨ حديث ٩، التهذيب ٧:٣٠٢ حديث ١٢٥٩، الاستبصار ٣:١٨٣ حديث ٦٦٣.

(٣) التهذيب ٧:٣٠٠ حديث ١٢٥٥، الاستبصار ٣:١٨١ حديث ٦٥٩.

(٤) التهذيب ٧:٣٠١ حديث ١٢٥٧، الاستبصار ٣:١٨٢ حديث ٦٦١.

وإذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد العقد في الحال، ولا مهر إن كان من المرأة، وإلاّ فالنصف، ويحتمل الجميع إن كان عن فطرة.

واعلم أن عبارة المصنف مشعرة بأن موضع الخلاف ما اذا كان اسلام الزوجة بعد الدخول، وكذا يظهر من عبارة الشيخ في النهاية[1]، إلاّ أن الدليل صالح لما قبل الدخول أيضاً.

اذا عرفت ذلك فاعلم أنه اذا انقضت العدة ولم يسلم وجب المهر، أما المسمى إن كان قد سمي مهراً، وإلاّ فمهر المثل، ولو أسلم في العدة فالنكاح بحاله. واذا كان الزوجان وثنيين فلا خلاف في أنه اذا أسلم أحدهما قبل الدخول انفسخ النكاح، سواء كان المسلم الزوج أو الزوجة.

اما اذا أسلم الزوج، فإنه لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابية ابتداء ولا استدامة، وأما اذا اسلمت الزوجة فأظهر، وإن كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدة،فإذا انقضت ولم يسلم الآخر تبيّن حصول البينونة من حين الاسلام، فاذا أسلم فالنكاح بحاله.

ولا يخفى أن في عبارة المصنف مناقشة، فإن قوله: (وأما غير الكتابيين) يتناول لما إذا كان أحد الزوجين كتابياً والآخر وثنياً، ويندرج فيه ما اذا كانت الزوجة كتابية، فإن الزوج إذا أسلم لا ينفسخ النكاح أصلاً قبل الدخول ولا بعده.

وكذا يندرج فيه ما اذا كان الزوج كتابياً وأسلمت الزوجة ولم يسلم، فإن في بقاء النكاح وفساده خلاف سبق، وكل من المسألتين مذكورة في عبارة المصنف، ولو أنه قال: وأما الوثنيان، بدل قوله: (وأما غير الكتابيين) لكان أولى.

قوله: (فإن ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد العقد في الحال ولا مهر إن كان من المرأة، وإلاّ فالنصف، ويحتمل الجميع إن كان عن فطرة).

---

(١) النهاية: ٤٥٧.

. . . .

هذا هو القسم الثاني من أقسام الانتقال، وهو الانتقال من دين الحق الى دين الباطل، وهو الارتداد عصمنا الله تعالى منه ومن كل ما يكره، وهو قد يكون عن فطرة. وحكمه عدم قبول توبته إن كان رجلاً، بل يقتل وتخرج أمواله عنه بنفس الارتداد وتبين زوجته عنه ويعتد عدة الوفاة.

وقد يكون عن ملة، وحكمه أنه يستتاب، فإن تاب ورجع قُبل رجوعه، ولا تخرج أمواله عنه بل يحجر عليه في أمواله، وينتظر بمنكوحاته المدخول بهن العدة.

اذا تقرر ذلك فاعلم أنه متى ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد النكاح في الحال عند عامة أهل العلم إلاّ داود الظاهري[1].

ثم إن كان المرتد هو الزوجة فلا شيء لها؛ لأنه فسخ جاء من قبلها قبل الدخول.

وإن كان هو الرجل فعليه نصف المسمّى إن كان صحيحاً؛ لأن الفسخ من جهته فأشبه الطلاق، وإن كانت التسمية فاسدة فنصف مهر المثل، وإن لم يكن سمى شيئاً فالمتعة، ويحتمل وجوب جميع المهر.

وقيّده المصنف بما اذا كان الارتداد عن فطرة، ولا وجه له؛ لأنه قد سبق في غير موضع في كلام المصنف احتمال وجوب جميع المهر بعروض الفسخ من قبل الزوج أو لا من قبل واحد من الزوجين؛ لأن المهر يجب جميعه بالعقد على أصح القولين، ولم يثبت تشطيره إلاّ بالطلاق، فيبقى وجوب جميعه ثابتاً في غير الطلاق، إذ الحمل عليه قياس.

لكن لو حمل الفسخ هنا على الطلاق لم يثبت التنصيف إلاّ في الردة التي ليست

(١) انظر: المجموع ١٦: ٣٦٦، المغني لابن قدامة ٧: ٥٦٤.

وبعده يقف على انقضاء العدة.

ويثبت المهر من أيهما كان الارتداد،إلاّ أن يكون الارتداد من الزوج عن فطرة، فإن النكاح يبطل في الحال وإن كان قد دخل ويجب المهر.

عن فطرة؛لأن الردة عن فطرة كالموت في أحكامه، وسيأتي إن شاء الله تعالى أن الموت يوجب تقرر جميع المهر.

قوله: (وبعده يقف على انقضاء العدة ويثبت المهر من أيهما كان الارتداد، إلاّ أن يكون الارتداد من الزوج عن فطرة فإن النكاح يبطل في الحال، وإن كان قد دخل ويجب المهر).

أي: إن كان الارتداد بعد الدخول وقف أمر النكاح على انقضاء العدة إن كان الارتداد من الزوجة مطلقاً، أو من الزوج عن غير فطرة، فإن اجتمعا على الاسلام قبل انقضائها كانا على النكاح، وإن لم يجتمعا حتى انقضت تبيّنا أن العقد انفسخ من حين الارتداد، بغير خلاف في ذلك عندنا وعند أكثر العامة، وجمع منهم حكموا بالفسخ في الحال قبل الدخول وبعده.

ولو كان الارتداد من الزوج عن فطرة بعد الدخول بطل النكاح في الحال واعتدت عدة الوفاة، كما في الارتداد عن فطرة قبل الدخول. وإنما تجب العدة لو كان الارتداد عن غير فطرة بعد الدخول، وهي عدة الطلاق.

أما المهر بعد الدخول فإنه واجب عليه على كل حال، سواء كان الارتداد عن فطرة أم لا، وسواء كان من الزوج أو الزوجة؛ لأن الدخول يوجب استقرار جميع المهر على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وهنا فائدة وهي:

إن قوله: (إلاّ أن يكون الارتداد من الزوج) استثناء من قوله: (وبعده يقف على انقضاء العدة) فإن هذا الحكم إنما هو في غير الارتداد الفطري، وليس استثناء من قوله: (ويثبت المهر) لفساده على هذا التقدير.

ولو انتقلت الذمية إلى مالا يُقر أهله عليه: فإن كان قبل الدخول فسد، وبعده يقف على الانقضاء ، فإن خرجت ولم يسلم الزوجان فسد العقد.

وإن قلنا بقبول الرجوع كان العقد باقياً إن رجعت في العدة.

ولما خشي أن يتوهم ذلك متوهم صرح بوجوب المهر في هذا القسم اخيرا بقوله: (ويجب المهر).

قوله: (ولو انتقلت الذمية إلى ما لا يقر أهله عليه، فإن كان قبل الدخول فسد، وبعده يقف على الانقضاء، فإن خرجت ولم يسلم الزوجان فسد العقد، وإن قلنا بقبول الرجوع كان العقد باقياً إن رجعت في العدة).

هذا هو القسم الثالث من أقسام الانتقال، وهو الانتقال من دين باطل الى دين باطل، وهو أقسام المبحوث عنه، منها الانتقال من دين يقر أهله عليه إلى ما لا يقر أهله عليه كالكتابي يتوثن، وعكسه.

والانتقال ممالايقر أهله عليه إلى ما يقر أهله عليه كاليهودي يتنصر، والنصراني يتهود. والمقصود بالبحث هنا بيان حكم النكاح؛لأن الاقرار بالجزية موضعه كتاب الجهاد الأول اذا انتقلت الذمية الى مالا يقر اهله عليه فإنها لا تقر على ذلك اجماعاً.

فإذا كانت تحت مسلم انفسخ النكاح في الحال إن كان قبل الدخول، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة، فإن خرجت ولم يسلم تَبيّنا انفساخ النكاح من حين الانتقال.

ولو قلنا بقبول رجوعها إلى دينها، فان رجعت في العدة بقي العقد، وإلاّ فلا. وكذا الحكم لو قلنا بقبول دين آخر يساوي دينها الذي كانت عليه، كما لو كانت يهودية فتوثنت ثم تنصرت.

واعلم أن قول المصنف: (ولم يسلم الزوجان) يقتضي أن الزوج غير مسلم،

ولو انتقلت إلى ما يقر أهله عليه فكذلك إن لم نقرها عليه، وإلّا كان النكاح باقياً.

ويلزم منـه أن الذمية تحت الذمي اذا توثنت ينفسخ النكاح في الحال إن كان قبل الدخول، وفيه نظر، فإن نكاح الكتابي للوثنية لا يمنع منه فيما بينهم.

نعم لا تقر المرأة على الدين الذي انتقلت إليه، ثم ان اسلام الزوج لا دخل له في بقاء النكاح وعدمه إلّا إذا أسلمت الزوجة.

والذي ذكره المصنف في التذكرة، وهو ما اذا انتقلت الكتابية زوجة المسلم إلى التوثن[1]، ولم يتعرض لما اذا كانت زوجة الذمي. وفي التحرير صرح بأن زوجة الذمي اذا انتقلت الى غير دينها من ملل الكفر وقع الفسخ في الحال[2].

وكذا قال في الشرائع[3]، وللنظر فيه مجال؛ لأن الذمي لا يمتنع نكاحه أي كافرة كانت، ولا اعتراض لنا على نكاحهم فيما بينهم، حتى أنها لو أسلمت بعد ذلك وكان قبل الدخول فالذي ينبغي الجزم ببقاء النكاح اذا اسلم هو حين اسلامها.

قوله: (ولو انتقلت الى ما يقر أهله عليه فكذلك إن لم نقرها عليه، وإلّا كان النكاح باقياً).

هذا هو القسم الثـاني، وهـو ما اذا انتقلت الذمية إلى دين يقر أهله عليه كاليهودية تتنصر، وحكمه حكم ما قبله إن لم نقرها على هذا الدين، وهو الأصح؛ لقوله تعالى: ﴿**ومن يبتغ غير الاسلام ديناً فلن يقبل منه**﴾[4].

فعـلى هذا لو كانت تحت مسلم، فإن كان الانتقـال قبـل الدخول انفسخ النكاح؛ لامتناع الزوجية بينهما إذ ليست كتابية، وإن كان بعده وقف على انقضاء

---

(١) التذكرة ٢:٦٤٧.

(٢) التحرير ٢:٢١.

(٣) شرائع الاسلام ٢:٢٩٥.

(٤) آل عمران: ٨٥.

ولو انتقلت الوثنية إلى الكتابية وأسلم الزوج، فإن قبلنا منها غير الاسلام فالنكاح باق، وإلاّ وقف على الانقضاء بعد الدخول، وقبله يبطل.

العدة.

قوله: (ولو انتقلت الوثنية إلى الكتابية وأسلم الزوج، فإن قبلنا منها غير الاسلام فالنكاح باق، وإلاّ وقف على الانقضاء بعد الدخول، وقبله تبطل).

هذا هو القسم الثالث، وهو الانتقال من دين لا يقر أهله عليه إلى ما يقر أهله عليه، فإن انتقلت الوثنية الى الكتابية واسلم زوجها كتابياً كان أو وثنياً، فإن قبلنا منهم الدين الذي انتقلت اليه، أو ما جرى مجراه من الاديان التي يقر أهلها عليها فالنكاح باق؛ لانتفاء المانع، فإن استدامة نكاح الكتابية جائزة اجماعاً، وهذا أحد القولين.

وإن لم يقبل منها إلاّ الاسلام ـ وهو الأصح على ما سبق في الجهاد ـ فإن كان ذلك بعد الدخول وقف على انقضاء العدة، فإن أسلمت قبلها فالنكاح باق، وإلاّ تبين بطلانه باسلامه، وإن كان قبله بطَل من حين اسلامه.

ومن تأمل ما حققناه علم النكتة في قول المصنف: (وأسلم الزوج) لأنه لو لا فرض تجدد اسلامه لم يثبت ما ذكره من فسخ النكاح قبل الدخول وتوقفه على انقضاء العدة بعده، فإن نكاح الوثني والكتابي لا يحكم بفساده عندنا بتجدد انتقال زوجته الكافرة إلى دين غير دينها، وعلى هذا فضرب العدة إنما يكون من حين الاسلام.

وقول الشارح الفاضل ولد المصنف في تقرير المبحث: إن الزوجين إذا كانا وثنيين[1] لا حاجة الى فرض كونهما وثنيين، بل إنما يعتبر فرض كون الزوجة وثنية.

---

(١) ايضاح الفوائد ٣:١٠٥.

وليس للمسلم اجبار زوجتة الذميه على الغسل من حيض أو جنابة، وإن حرمنا الوطء قبله أوجبناه.

وله الزامها بازالة المنفر، كالنتن وشعر العانة وطول الأظفار.

واعلم أن الشارح الفاضل السيد قال: إن هذا التفريع ينافي ما ذكره المصنف في هذا الكتاب من أن مَن انتقل إلى دين أهل الكتاب بعد مبعث النبي صلّى الله عليه وآله وسلم لا يقبل منه، وزعم الشارح ولد المصنف أنه لا منافاة حيث ان المصنف فرع بقاء النكاح على قبول غير الاسلام منها، وعدمه على عدمه.

وليس ما ذكره بواضح؛ لأنا إذا كنا لا نقبل بعد المبعث من الوثني الكتابي قولاً واحداً فلا وجه للتفريع، فإنه يشعر بوجود القول بالقبول وإن كان لا يقتضيه، ولعل ولد المصنف أراد بعدم المنافاة عدم التصريح بالقبول، وبالجملة فالعبارة لا تخلو من مناقشة.

قوله: (وليس للمسلم اجبار زوجته الذمية على الغسل من حيض أو جنابة).

لأن ذلك حق الله تعالى لا حق الزوج، وقد أقرت على دينها شرعاً، فليس له اعتراضها.

قوله: (وإن حرمنا الوطء قبله أوجبناه).

أي: وإن حرمنا الوطء قبل الغسل أوجبناه عليها لحق الزوج، لتوقف الاستمتاع الذي هو حقه عليه فله اجبارها عليه، ولا شك أن الذي تجبر عليه هو صورة الغسل مع النية.

قوله: (وله الزامها بازالة المنفر كالنتن وشعر العانة وطول الاظفار).

لأن بقاء ذلك منقص للاستمتاع، فكان له اجبارها عليه كما في المسلمة.

وله منعها من الكنائس والبيع وشرب الخمر وأكل لحم الخنزير، واستعمال النجاسات التي يستقذرها الزوج، وأكل الثوم والبصل والكراث، وشبهه مما ينقص الاستمتاع وإن كانت مسلمة.

فروع:

أ: لو أسلما في العدة ثبت النكاح، ولا يبحث الحاكم عن كيفية

قوله: (وله منعها من البيع والكنائس، وشرب الخمر واكل لحم الخنزير، واستعمال النجاسات التي يستقذرها الزوج، واكل الثوم والبصل والكراث وشبهه مما ينقص الاستمتاع وإن كانت مسلمة).

أما المنع من البيع والكنائس فلأن للزوج الاستمتاع بالزوجة دائمًا في بيته وبخروجها يفوت ذلك، وكذا له منعها من الخروج الى بيت أهلها والجيران وغيرهم، وكذا الاعياد وشبهها، وكذا الزوجة المسلمة له منعها من المساجد والمشاهد وبيوت الأهل والجيران.

وأما منع الكتابية من شرب الخمر فإنه مسكر يفوت به الاستمتاع، ولأنها في هذه الحالة لا ترد يد لامس، ولا فرق بين القليل والكثير منه؛ لأن الاسكار به غير منضبط، فمن الناس من يسكر بالقليل الذي لا يسكر به غيره، فلتمنع من الجميع حسماً للمادة، ولأن ذلك هو العلة في تحريم الخمر.

وأما منعها من لحم الخنزير فلما فيه من الاستقذار، والنفس قد تعاف منه، وكذا القول في النجاسات المستقذرة والمآكل والمشارب المستقذرة، وذوات الرائحة الكريهة مثل الثوم والبصل والكراث، إلّا إذا طبخت فإن ذلك كله منقص للاستمتاع، والمسلمة في ذلك كالكافرة.

ولا يخفى أن قول المصنف: وإن كانت مسلمة المراد به: وإن كانت الزوجة مسلمة، والمذكور سابقاً إنما هو الزوجة الذمية، والأمر في ذلك كله سهل، والمراد ظاهر.

قوله: (فروع: أ: لو أسلما في العدة يثبت النكاح، ولا يبحث الحاكم

وقـوعه، بل يقررهما عليه ما لم يتضمن محرماً، كما لو كانت تحته احدىٰ المحرمات عليه.

ب: لا يقرهم على ما هو فاسد عندهم، إلّا أن يكون صحيحاً عندنا.

ويقرهم على ما هو صحيح عندهم وإن كان فاسداً عندنا، كما لو اعتقدوا اباحة المؤقت من دون المهر.

عن كيفية وقوعه، بل يقرهما عليه ما لم يتضمن محرماً، كما لو كانت تحته احدى المحرمات عليه).

لو أسلم الزوجان دفعة أو على التعاقب، بحيث كان اسلام الآخر في العدة بعد الدخول فالنكاح ثابت، ولا يبحث الحاكم عن كيفية وقوعه وجوباً ولا استحبابا؛ لأن النبي صلّى الله عليه وآله في زمانه خلق كثير فلم يسألهم عن أحوال انكحتهم بل أقرهم عليها.

نعم لو تضمن محرماً كنكاح احدى المحرمات حكم ببطلانه؛ لأن النبي صلّى الله عليه وآله قال لفيروز الديلمي وقد أسلم على اختين: «اختر احدهما»[1] فلو نكح أُمهأو بنتهأو اخته ونحوهن اندفع النكاح عند الاسلام قطعاً.

قوله: (ب: لا نقرهم على ما هو فاسد عندهم إلّا أن يكون صحيحاً عندنا، ونقرهم على ما هو صحيح عندهم وإن كان فاسداً عندنا، كما لو اعتقدوا اباحة المؤقت من دون المهر).

اذا كان النكاح الجاري في الكفر فاسداً عندهم لم يقرهم عليه بعد الاسلام، إلّا اذا كان صحيحاً عندنا؛ لأنه بدون ذلك ليس نكاحاً عندهم ولا عندنا.أما اذا كان صحيحاً عندنا، فانا نحكم بصحته ولا نلتفت الى اعتقادهم.

---

(١) سنن البيهقي ٧:١٨٤.

ج: لا فرق بين الذمي والحربي في ذلك، ولو اعتقدوا غصبية المرأة نكاحاً أُقروا عليه على اشكال بعد الاسلام وقبله.

وهنا سؤال: وهو ان المتعاقدين اذا أوقعا نكاحاً يعتقدان فساده كيف يحكم بصحته لمصادفته مطابقة العقد الصحيح.

ومثله وقوع العقد كذلك من المسلمين ونقرهم على ما هو صحيح عندهم وإن كان فاسداً عندنا بفوات شرط، كما لو اعتقدوا صحة النكاح المؤقت بدون المهر.

وكذا لو خلا نكاحهم من الولي والشاهدين عند من يقول بالاشتراط، أو وقعت الصيغة على غير الوجه المعتبر بغير خلاف في ذلك، ويستثنى من هذا الضابط ما اذا وقع النكاح في العدة وبقيت إلى زمان الاسلام. وما اذا شرطا الخيار وبقي زمانه إلى الاسلام، وما اذا اعتقدوا غصبية المرأة نكاحاً على أحد وجهي الاشكال كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

قوله: (ج: لا فرق بين الذمي والحربي في ذلك، ولو اعتقدوا غصبية المرأة نكاحاً أُقروا عليه على اشكال بعد الاسلام و قبله).

أي: لا فرق بين الذمي والحربي فيما ذكر من حكم النكاح، فإذا أسلم الحربيون أو تحاكموا الينا واخترنا الحكم بينهم، اقررنا من الأنكحة ما كان صحيحاً عندهم، إذا لم يكن نكاح احدى المحرمات، دون ما كان فاسداً عندهم، إلّا اذا كان صحيحاً عندنا على ما سبق.

ولو اعتقدوا غصبية المرأة نكاحاً فغصبها للنكاح، ثم اسلموا وتحاكموا الينا، وهو المراد من قوله: (بعد الاسلام وقبله) أُقروا عليه على اشكال ينشأ: من أنه كسائر الانكحة التي يعتقدون صحتها وليس فيه الا اقامة الفعل مقام القول.

ومن حيث ان الغصب قبيح عقلاً، فلا يسوغ في ملة من الملل، والتمكين من القبيح والتقرير عليه قبيح.

ويضعف بأنه لا منافاة بين قبح الغصب عقلاً وصيرورة المرأة المغصوبة زوجة

د: لو شرطا الخيار مطلقاً لها أو لاحدهما، لم يقرا عليه بعد الاسلام؛ لأنهما لا يعتقدان لزومه حالة الكفر، وإن قيداه: فإن أسلما قبل انقضائه لم يقرا عليه، وإن كان بعده اقرا.

باعتقادها واعتقاد غاصبها،ولا يشترط للحكم بصحة انكحتهم كونها كذلك في ملة من الملل.

وينتقض ذلك بما إذا قهر الحربي حربية، فإنا نجوز شراؤها منه ونعده بيعاً من طرفه تثبت فيه أحكام البيع وإن كان ذلك استنقاذاً من طرفنا، ولو كان قبح الغصب منافياً لثبوت الملك امتنع كونه بيعاً، فلم يكن منافياً للنكاح، ولا استبعد الحكم بصحته كما سبق الجزم به في كلام المصنف وإن استشكله هنا.

ويجب أن يستثنى من ذلك موضعان:

الأول: ما اذا كان الغصب في مبدأ الأمر، ثم زال ذلك ورضيا بالنكاح قبل الاسلام فإنه ينبغي الجزم بصحته، كما لو نحكها في العدة وانقضت قبل الاسلام، فإن العقد الواقع في العدة باطل غير مقر عليه، فالمقتضي لصحة النكاح ليس إلّا الرضى الجاري بعدها.

الثاني: هذا الفرض إنما هو في غير الذمية، أما الذمية فلا يتصور التقرير على غصبها للنكاح؛ لأن ذلك ظلم يجب في شرع الاسلام رفعه عن أهل الذمة وقد سبق، وأما أهل الحرب المستأمنون فإنه لا يجب رفع ظلم بعضهم عن بعض .

قوله: (د: لو شرط الخيار مطلقاً لها أو لأحدهما لم يقر عليه بعد الاسلام؛ لأنهما لا يعتقدان لزومه حال الكفر وإن قيداه، فإن أسلما قبل انقضائه لم يقرا عليه وإن كان بعده أُقرا).

المراد باشتراط الخيار مطلقاً عدم تقييده بمدة، ووجه عدم التقرير عليه أصلًا في الفرض الاول: إنّا وإن لم نراع في عقودهم الجارية في الشرك شرائط الاسلام، لكنا

هـ: لو تزوجها في العدة ثم أسلما، فإن كان بعد الانقضاء أُقرا عليه، وإلّا فلا؛ لأن نكاح المعتدة لا يجوز ابتداؤه حالة الاسلام، أما بعد الانقضاء فإنها يعتقدان صحة هذا النكاح.

ويجوز ابتداء مثله في الاسلام على هذه الحال، ولا اعتبار بالمتقدم فإنه معفو عنه.

أما لو تزوج حليلة أبيه أو ابنه أو المطلقة ثلاثاً، فإنها لا يقران عليه

لا نثبت ما لم يثبتوه، وهم لا يثبتون في هذا الفرد لأحد الزوجين أو لكليهما سلطنة النكاح، فلا نثبتها نحن.

ولأن الخيار منافٍ لصحة النكاح، فإذا بقي الى الاسلام كان المنافي لصحة العقد موجوداً بعد تعلق أحكام المسلمين بالزوجين أو باحدهما، فكان كنكاح المعتدة إذا بقيت العدة إلى الاسلام.

وأما الفرض الثاني، وهو ما اذا كان اشتراط الخيار مقيداً بمدة، فإنه اذا انقضت المدة قبل اسلام واحد منها فهو كانقضاء عدة المعتدة قبل الاسلام فيصح النكاح، وإن بقيت إلى اسلامها لم يقرا عليه قطعاً، ولو بقيت المدة إلى اسلام أحدهما خاصة فكذلك؛ لتعلق حكم فساد النكاح بالمسلم منهما.

وقال بعض الشافعية: لا يندفع النكاح إلّا اذا اقترن بقاء المدة باسلامها؛ لأن وقت الاختيار والامساك هو الاجتماع على الاسلام، وليس بشيء.

قوله: (هـ: لو تزوجها في العدة ثم أسلما، فإن كان بعد الانقضاء أُقرا عليه، وإلّا فلا؛ لأن نكاح المعتدة لا يجوز ابتداؤه حالة الاسلام. أما بعد الانقضاء فإنها يعتقدان صحة هذا النكاح، ويجوز ابتداء مثله في الاسلام على هذا الحال، ولا اعتبار بالمتقدم فإنه معفو عنه.

أما لو تزوج حليلة ابنه أو ابيه أو المطلقة ثلاثاً، فإنها لا يقران عليه

بعد الاسلام.

و: لو أسلم ثم ارتد فانقضت العدة من حين اسلامه على كفرها تبيّنا الفسخ من حين الاسلام.

بعد الاسلام).

لا ريب أن وصف الاعتداد مانع من صحة النكاح، وملحق للمرأة بمن يحرم نكاحهن ما دامت في العدة، فكذا القول في المطلقة ثلاثاً قبل التحليل، فمتى تزوج الكافر معتدة ثم تجدد الاسلام، فإن كانت العدة باقية فلا نكاح، وإن انقضت قبل الاسلام كان صحيحاً.

قال بعض الشافعية: هذا إذا كانت عدة النكاح، أما اذا نكح معتدة عن الشبهة ثم أسلم والعدة باقية فإنهما يقران على النكاح؛ لأن الاسلام لا يمنع دوام النكاح مع عدة الشبهة، فلا يعترض عليه إذا لاقاه، والظاهر المنع مطلقاً، إذ لا يجوز انشاء نكاح المعتدة عن وطء الشبهة في الاسلام.

وهنا بحث: وهو أن العقد على ذات العدة والدخول بها من الأسباب الموجبة للتحريم المؤبد، وحقه أن لا يفرق في ذلك بين المسلم والكافر، كما في سائر الأسباب كالتطليق ثلاثاً، فإنه تحرم المطلقة إلى أن تنكح زوجاً آخر، والمطلقة تسعاً للعدة فإنه يحرمها مؤبداً.

وقد اطلقوا هنا صحة النكاح إذا انقضت العدة قبل الاسلام، وظاهرهم أن ذلك مع الدخول أيضاً، وللنظر فيه مجال.

ولو تزوج حليلة أبيه أو ابنه لم يقر عليه بعد الاسلام بحال؛ لأنها تحرم عليه مؤبداً.

قوله: (و: لو أسلم ثم ارتد فانقضت العدة من حين اسلامه على كفرها تبين الفسخ من حين الاسلام.

وإن أسلمت في العدة تبيّنا عدم الفسخ بالاسلام، ونضرب لها عدة من حين الارتداد، فإن عاد فيها فهو أحق، وإلاّ بانت من حين ردته.

وليس له العود إليها بذلك العقد حال ردته وإن كانت كافرة، وكذا لو أسلم ثم ارتد ثم أسلمت ثم ارتدت، لم يكن له استصحاب العقد وإن كان في العدة.

وإن أسلمت في العدة تَبَيَّنَّا عدم الفسخ بالاسلام، ويضرب لها عدة من حين الارتداد، فإن عاد فيها فهو أحق، وإلاّ بانت من حين ردته، وليس له العود إليها بذلك العقد حال ردته وإن كانت كافرة وكذا لو أسلم ثم ارتد ثم اسلمت ثم ارتدت، لم يكن له استصحاب العقد وان كانت في العدة).

لا ريب أن حدوث اختلاف الدين بين الزوجين المانع من صحة النكاح بينهما اذا وقع قبل الدخول انفسخ به النكاح في الحال وان كان بعد الدخول وقف الامر فيه على انقضاء العدة.

فاذا اسلم الزوج بعد الدخول ثم ارتد فلا ريب في ضرب العدة من حين الاسلام فاذا ارتد بعد اسلامه فقد حدث سبب اخر لفسخ النكاح لو كانت الزوجة مسلمة فينظر ان انقضت العدة من حين اسلامه على كفرها تبينا فسخ النكاح من حين اسلامه.

وان اسلمت في العدة تبين ان الاسلام لم يكن موجبا للفسخ وان النكاح بحاله الى زمان الردة فلابد من ضرب عدة اخرى من حين الارتداد لان اختلاف الدين مانع من صحة النكاح حيث حدث بعد الدخول.

فان عاد الى الاسلام قبل القضاء بها تبينا بقاء عقد النكاح والا تبينا البينونة من حين الردة وليس له العود اليها بذلك العقد حال ردته وان كانت كافرة لان المرتد له حكم الاسلام فلا يجوز ان ينكح الكافرة.

ز: لو طلق كل واحدة من الاختين ثلاثا ثلاثاً ثم أسلموا حرمتا إلّا بالمحلل.

المطلب الثالث: في الزيادة على العدد الشرعي: إذا أسلم الحر على أكثر من أربع من الكتابيات بعقد الدوام اختار أربع حرائر، أو حرتين وأمتين، أو ثلاث حرائر وأمة. والعبد يختار حرتين، أو أربع اماء، أو حرة وأمتين. واندفع نكاح البواقي، سواء ترتب عقدهن أولا، وسواء اختار

والمراد من قولهم الكفر كالملة الواحدة ما عدا الارتداد لما قلنا من ان المرتد له حكم المسلم، ومن ثم لا يجوز للمرتد ان ينكح الكافرة ولا المسلمة لكفره وكذا الحكم لو اسلم ثم ارتد ثم اسلمت ثم ارتدت لم يكن له استصحاب العقد وان كان اسلامها وارتدادها في العدة.

قوله: (ز: لو طلق كل واحدة من الاختين ثلاثاً ثلاثاً ثم اسلموا حرمتا، إلّا بالمحلل).

قد علم تقريب ذلك مما سبق، ولا يخفى أن في قوله: (ثلاثاً ثلاثاً) تكراراً، فإن التطليق لكل واحدة إنما يكون ثلاثاً لا ثلاثا ثلاثاً، وربما اعتذر عن هذا بأن ثلاثاً ثلاثاً منصوب على التمييز عن الجملة، على أن قوله: (لو طلق كل واحدة من الاختين) كلام تام، وثلاثاً تفسير لكل من الطلاقين.

وظاهر أن تفسير طلاق احداهما لا يغني عن الأُخرى، وهذا وإن كان محتملاً إلّا أنه خلاف المتبادر؛ لأن المتبادر أنه منصوب لكونه مفعولاً مطلقاً.

قوله: (المطلب الثالث: في الزيادة على العدد الشرعي: اذا أسلم الحر على أكثر من أربع من الكتابيات بعقد الدوام اختار اربع حرائر أو حرتين وأمتين، والعبد يختار حرتين أو أربع اماء أو حرة وأمتين، واندفع نكاح البواقي، سواء ترتب.عقدهن أو لا، وسواء اختار الأوائل أو الأواخر، وسواء

الأوائل أو الأواخر، وسواء دخل بهن أولا.

ولا يشترط اسلامهن ولا ينتظر العدة.

ولو أسلم معه أربع من ثمان فالأقرب أن له اختيار الكتابيات.

دخل بهن أو لا، ولا يشترط اسلامهن ولا ينتظر العدة).

قد سبق أن الرجل إذا أسلم كان له استدامة نكاح زوجته اذا كانت كتابية، فعلى هذا اذا أسلم عن زائد عن العدد الشرعي وهن كتابيات بعقد الدوام، فان كان حراً اختار أربع حرائر أو حرتين وأمتين، أو أمة وثلاث حرائر إن كان فيهن اماء وقلنا بنكاح الأمة بالعقد من دون الشرطين، وإلّا بطل عقد الاماء؛ لأن وقت الاسلام بمنزلة ابتداء النكاح، لأنه وقت المؤاخذة بالأحكام الاسلامية.

وإن كان عبداً اختار حرتين أو أربع اماء أو حرة وأمتين؛ لأن ذلك هو العدد الجائز لكل واحد منها، فإذا اختار ذلك اندفع نكاح البواقي.

ولا فرق في الاختيار بين أن ينكحهن دفعة أو على الترتيب، ولا بين أن يكن مدخولاً بهن وعدمه، ولا بين أن يختار الأوائل أو الأواخر.

يدل على ذلك ما رواه العامة أن غيلان أسلم وعنده ثلاث عشرة نسوة، فقال له النبي صلّى الله عليه وآله: «امسك أربعاً وفارق سائرهن»[1]، وترك الاستفصال مع الاحتمال يجري مجرى العموم.

وذهب بعض العامة إلى أنه إن تزوجهن في عقد واحد اندفع نكاح الجميع، وإن كان في عقود مترتبة لزمه الأربع الأوائل[2]، وهو غير معتد به.

ولا يخفى أنه لا يشترط اسلامهن؛ لما سبق من بقاء نكاح الكتابية، ولا ينتظر مضي العدة لننظر هل يسلمن أم لا؛ لأنه لا فرق في ذلك بين اسلامهن وعدمه.

قوله: (ولو أسلم معه أربع من ثمان فالأقرب أن له اختيار الكتابيات)

---

(١) انظر سنن البيهقي ٧:١٨٢ ـ ١٨٣.

(٢) المغني لابن قدامة ٧:٥٤٠.

وليس للمرأة اختيار أحد الزوجين، بل يبطلان مع الاقتران، والثاني مع الترتيب ولا مهر للزائد، فإن دخل فمهر المثل إن قلنا بعدم الصحة.

وجه القرب أن الاسلام لا يمنع الاستمرار على نكاح الكتابية ولا يوجب نكاح المسلمة، فلا مقتضي لترجيح المسلمات، ويحتمل تعيين المسلمات للاختيار؛ لشرف المسلمة على الكافرة، فلا يناسب ذلك اختيار الكتابيات على المسلمات، والأصح الأول.

قوله: (وليس للمرأة اختيار أحد الزوجين، بل يبطلان مع الاقتران، والثاني مع الترتيب).

لما اتفقت الملل على حفظ الفروج وصيانتها عن اختلاط الأنساب، امتنع نكاح المرأة الواحدة رجلين، فمتى وقع ذلك في الكفر، فإن تقدم عقد احدهما كان الثاني محكوماً ببطلانه عيناً، وإلاّ كان كل منهما باطلاً.

قوله: (ولا مهر للزائد، فإن دخل فمهر المثل إن قلنا بعدم الصحة).

أي:ولا مهر للزائد على العدد الشرعي إذا اختار أربعاً واندفع نكاح الباقي، ولم يكن قد دخل بمن اندفع نكاحها، وكذا لا نفقة لهن ولا متعة، فإن كان قد دخل وجب مهر المثل إن قلنا إن نكاح الكفر لما زاد على العدد الشرعي غير صحيح، كذا قال الشارح الفاضل[1].

والذي يفهم من كلام الشيخ أن نكاح الكفر غير صحيح، إلاّ اذا انضم إلى الاختيار في حال الاسلام[2]، فلا يتم ما ذكره الشارح، ولو قلنا بصحته وجب المسمّى، وهذا هو المختار.

---

(١) ايضاح الفوائد ٣:١٠٧.

(٢) المبسوط ٤:٢٢٦.

ولو أسلم عن امرأة وبنتها بعد الدخول بها أو بالأم حرمتا، وقبله تحرم الأُم خاصة ولا اختيار.

قوله: (ولو أسلم عن امرأة وبنتها بعد الدخول بها أو بالام حرمتا، وقبله تحرم الأُم خاصة ولا اختيار).

لو تزوج الكافر بامرأة وبنتها، ثم أسلم واسلمتامعه وكانتا كتابيتين فالأحوال أربع:

الأول: أن يكون قد دخل بهما فيحرمان معاً. أما البنت فبدخوله بالام، وأما الأُم فلأنه عقد على البنت ودخل بها، وهما سببان في التحريم، ولكل واحد منهما المسمّى إن كانت التسمية صحيحة، وإلاّ فمهر المثل.

الثاني: أن يدخل بالأُم خاصة فيحرمان ايضاً، أما البنت فللدخول بالأُم، وأما الأُم فللعقد على البنت. ولا مهر للبنت، وأما الأُم فلها المسمّى، ومع فساده فمهر المثل، ويطرد خلاف الشيخ الآتي ذكره في الرابعة هنا ايضاً.

الثالث: أن يدخل بالبنت خاصة فتحرم الأُم قطعاً؛ للعقد على البنت والدخول بها، ولا تحرم البنت؛ لأن العقد على الأُم لا يحرمها من دون الدخول.

الرابع: أن لا يدخل بواحدة منهما، وفيه قولان:

أحدهما ـ واختاره الشيخ رحمه الله تعالى ـ أن له اختيار أيتهما شاء؛ لأن العقد في حال الشرك لا يحكم بصحته إلاّ بانضمام الاختيار في حال الاسلام، فإنه لو تزوج واختار منهن أربعاً لم يكن للبواقي مهر ولا نفقة ولا متعة بمنزلة من لم يقع عليهن عقد.

ولأنه لو تزوج الأُختين دفعة وأسلم كان له أن يختار أيتهما شاء فكذا الأُم والبنت، فإن اختار نكاح البنت استقر نكاحها وحرمت الأُم على التأبيد، بخلاف العكس، إلاّ أن يدخل بالأُم.

وثانيهما ـ واختاره المصنف ـ أنه يلزمه نكاح البنت؛ لأن نكاح الكفر صحيح، ولهذا لو كان له أربع فما دون وأسلمن أو كن كتابيات لزمه نكاحهن، ولم يفتقر الى

ولو أسلم عن أمة وبنتها تخيّر إن لم يطأ احداهما، وإلّا حلت الموطوءة خاصة، ولو كان قد وطأهما حرمتا.

ولو أسلم عن أُختين تخيّر وإن وطأهما،

الاختيار حال الاسلام، وعدم وجوب مهر قبل الدخول للزائد على العدد؛ لحصول الفسخ لا من قبل الزوج، وهذا هو الأصح.

واعلم أن قول المصنف: (وقبله) شامل للحالتين، وهو ما اذا لم يدخل بواحدة منها أو لم يدخل بالأُم، أي: وقبل الدخول بهما أو بالأم، وقوله: (ولا اختيار) للتصريح بالرد على الشيخ.

قوله: (ولو أسلم عن أمة وبنتها تخيّر إن لم يطأ احداهما، وإلّا حلت الموطوءةخاصة، ولو كان قد وطأهماحرمتا).

أي: لو أسلم عن أمة وبنتها مملوكتين له، فان لم يكن وطأ واحدة منها تخيّر من شاء منها للوطء كما في حال الاسلام، وإن كان قد وطأ احداهما حلت الموطؤة دون الأُخرى كما في حال الاسلام.

وإن كان قد وطأهماحرمتا معاً، أما اللاحقة فظاهر، وأما السابقة فإما لأن وطء الشبهة يحرم وإن تأخر، أو لأن وطء الشبهة لكل منها بمنزلة العقد على كل منهما، وحيث كان العقد على كل منها والوطء لكل منها في الكفر محكوماً بصحته لم ينظر إلى السبق والتأخر، ورتب على كل منها ما ترتب على الصحيح.

قوله: (ولو أسلم عن اختين تخيّر وإن وطأهما).

لأن فيروز الديلمي أسلم على اختين فخيره النبي صلّى الله عليه وآله في امساك أيتهما شاء، وحكم على غير المختارة حكم الزائد على العدد[1].

---

(١) سنن البيهقي ٧:١٨٤.

وكذا عن العمة والخالة مع بنت الأخ أو الأُخت إذا اختارتا عدم الجمع أو الحرة والأمة.

ولو اختارت الحرة أو العمة أو الخالة العقد على الأمة، أو بنت الأخ أو الأُخت صح الجمع.

ولو اخترن في حال الكفر لزمهن حكمه حال الاسلام.

قوله: (وكذا عن العمة والخالة مع بنت الأخ أو الاخت اذا اختارتا عدم الجمع أو الحرة والأمة، فلو اختارت الحرة أو العمة أو الخالة العقد على الأمة أو بنت الأخ أو بنت الاُخت صح الجمع).

إن رضيت العمة والخالة بالجمع بينها وبين بنت الأخ والاخت فلا بحث، وإن اختارتا عدم الجمع يخير العمة أو بنت اخيها، فمن اختارها صح نكاحها واندفع نكاح الاُخرى ولا مهر إلاّ مع الدخول.

وأما اذا أسلم عن حرة وأمة، فإنه إن لم ترض الحرة بنكاح الأمة انفسخ، وإن رضيت فالجمع صحيح عندنا، وعند العامة يبنى على أن نكاح الأمة يجوز اختياراً أم بالشرطين، فعلى الثاني ينفسخ، وعلى الأول يعتبر رضى الحرة.

واعلم أن عبارة الكتاب وغيره لا تؤدي المعنى المراد منها في مثله الحرة والأمة، بل الظاهر منها خلاف المراد فينبغي التنبيه له.

قوله: (ولو اخترنَ حال الكفر لزمهن حكمه حال الاسلام).

أي: لو اختار كل من العمة والخالة بالنسبة الى بنت أخيها وبنت اختها، والحرة بالنسبة إلى الأمة الجمع في حال الكفر كان ذلك موجباً للزوم النكاح،ولم يثبت الاختيار بعد الاسلام، تمسكاً بالاستصحاب، ولأن نكاح الكفر صحيح، فإذا وقع مستجمعاً للاُمور المعتبرة في شرع الاسلام كان لازماً.

ولو أسلم الحر على أربع اماء تخيّر اثنتين، وكذا لو كان معهن حرائر اذا رضيت الحرائر.

والأقرب اعتبار رضىٰ جميع الحرائر الأربع دون الخامسة إن فسخ نكاحها، وإلّا اعتبر.

قوله: (ولو أسلم على أربع اماء تخيّر أمتين، وكذا لو كان معهن حرائر إذا رضيت الحرائر، والأقرب اعتبار رضى جميع الحرائر الأربع دون الخامسة إن فسخ نكاحها، وإلّا اعتبر)

لو أسلم الحر على أربع اماء تخيّر أمتين عندنا، سواء كان ممن يجوز له ابتداء العقد على الأمة أم لا عند علمائنا، ذكره في التذكرة[1]، لأنه استدامة عقد لا استئنافه.

ولو كان مع الاماء حرائر تخيّر اثنتين بشرط رضى الحرائر، فإن لم يرضين انفسخ نكاح الاماء؛ لأن الاختيار بمنزلة ابتداء النكاح. والأقرب أنه لو كان له أزيد من أربع حرائر إنه لابد من رضى أربع حرائر بنكاح الإماء ليختار امتين، ولا يكفي رضى حرتين فقط.

أما الزائد على الأربع كالخامسة فإن فسخ نكاحها لم يعتبر رضاه، وإلّا اعتبر.

ووجه القرب في أنه لابد من رضى أربع حرائر دون أمتين أن يقال: إن نكاح أربع من الحرائر الخمس لازم، وإنما تكون الاماء زوجات إذا رضي الحرائر بنكاحهن، فقبل رضاهن لا يكن زوجات.

فلا جرم قبل تحقق شرط نكاح الاماء لايتحقق نكاحهن، فيكون نكاح أربع حرائر لازماً فلابد من رضاهن وفيه نظر؛ لأنه إذا انضم اختيار الزوج لنكاح الحرتين الراضيتين إلى اختيار الأمتين اندفع نكاح البواقي، فلا اعتبار لرضاهن.

---

(١) التذكرة ٢:٦٥٤.

. . . .

أو يقـال: اختيار الأمتـين مشروط برضاء الحرائر، وجميع الحرائر زوجات حينئـذٍ، فلابد من رضى جميعهن؛ لامتناع صحة اختيار الأمة من دون رضى جميع الحرائر، عملاً بعموم اعتبار رضى الزوجة الحرة، وفيه نظر؛ لأن من اختارها للفسخ لا نمنع وجوب اعتباررضاها، لأنها آيلة إلى بينونة.

لا يقال: فسخ نكاحها فرع زيادتها على النصاب، وإنما يكون ذلك اذا صح اختياره الاماء، وإنما يصح إذا رضيت الزوجات كلهن الحرائر.

لأنا نقول: لم لا يجوز أن يكون اختياره للأمتين مع الحرتين الراضيتين وانفساخ نكاح البواقي واقعاً في زمان واحد، ولا نسلم اشتراط اختيار الاماء برضى من عيّنهن للفسخ، ولا دليل على الاشتراط فليتأمل.

أو يقال: إن نكاح الحرتين لازم قطعاً فيعتبر رضاهما، ولا يعلمان بعينهما فلابد من رضى الأربع ليعلم حصول رضى الاثنتين في الجملة إذ لا يتحقق بدونه، ومن ثم يعتبر رضى الخامسة لو لم يفسخ نكاحها.

أمـا اذا فسخه فلا؛ لاندفاعه بالفسخ قطعاً، بخلاف ما زاد على اثنتين من الأربع، إذ لا يندفع نكاح الزائد بمجرد فسخه، وفيه نظر؛ لأنه إذا اختار نكاح الحرتين الراضيتين مع أمتين تبيّن انحصار النكاح في ما دون باقي الحرائر، وإن رضاهما هو المعتبر دون رضى غيرهما.

ولا ريب أنه اذا فسخ نكاح ما عدا الحرتين الراضيتين بعد أن اختار امتين انفسـخ نكاحهن، فكان الزائد على اثنتين كالخامسة، حيث انه اذا فسخ نكاحها انفسخت، فعلى هذا ظهر أنه اذا رضيت حرتان انضم اليه اختيار نكاحهما مع أمتين كفى ذلك، ولم يحتج إلى رضى الأربع، وهو الاحتمال الثاني، وهو قوي.

وجعل الشارح الفاضل مقابل الأقرب احتمال توقف اختيار الإماء حتى يختار الحرتين، ثم يأذنان في اختيار الأمتين؛ لأنهما قبل التعيين لا يصلحان للاذن، وقد ينظر

ولو كان احدىٰ الخمس بنت الأخ أو الأُخت فاختارها مع ثلاث انفسخ نكاح العمة أو الخالة.

في اعتبار هذا الترتيب، لأنها زوجتان ظاهراً.

وذكر احتمالاً ثالثاً، وهو عدم توقف اختيار الأمتين على رضى الحرائر أصلاً، بناء على أن الاختيار كاستدامة النكاح، إذ لا يشترط صيغة النكاح ولا قبول المرأة، وإنما هو استدراك عقد أُشرف على الزوال فأشبه الرجعة، ولجوازه في الاحرام، وذكر أنه قول لبعض الفقهاء.

واحتمل في المسألة احتمالاً رابعاً على هذا القول وهو اعتبار رضى الكل؛ لأنهن باختلاف الدين قبل الاختيار كالمطلقة الرجعية، فكل واحدة منهن كزوجة[1].

واندفاع نكاح الزائد باختيار النصاب يقتضي أنه قبل الاختيار لابد من رضى الكل؛ لأنهن بحكم الزوجات، وقد يناقش فيه بان اعتبار رضى من يريد دفع نكاحها موضع المنع.

قوله: (ولو كان احدى الخمس بنت الأخ أو بنت الأُخت فاختارها مع ثلاث انفسخ نكاح العمة والخالة).

أي: لو كان له زوجات خمس احداهن بنت أخ الاخرى منهن أو بنت اختها، فاختار البنت مع ثلاث غير العمة والخالة اندفع نكاح العمة أو الخالة؛ لزيادتها على النصاب، ولم يعتبر رضاها لخروجها عن الزوجية، بخلاف ما لو كان الجميع أربعاً، فإنه لابد من رضى العمة والخالة.

ولقائل أن يقول: يلزم على اعتبار رضى الأربع والخامسة إن لم ينفسخ نكاحها وجوب اعتبار رضى العمة أو الخالة هنا؛ لأن اختيار بنت الأخ أو الاخت مشروط برضى العمة والخالة، لأنها زوجة، واندفاع نكاحها مشروط بصحة الاختيار.

---

(١) ايضاح الفوائد ٣: ١٠٩.

ولو أسلم على حرة وثلاث اماء تخيّر مع الحرة أمتين إذا رضيت الحرة، ولو لم ترض ثبت عقدها وبطل عقد الاماء.

ولو لحق به الاماء وخرجت العدة على كفر الحرة، بطل نكاحها وتخير أمتين.

ولو عادت في العدة ثبت عقدها خاصة إن لم ترض بالاماء.

وحيث اكتفينا برضى اثنتين في الأُولى، وحكمنا بأن من لم يختر نكاحها لا يكون رضاها معتبراً، تمسكاً بأصالة عدم اعتباره في الزوجة التي يختارها للفسخ، فعدم اشتراط رضى العمة والخالة في هذه الصورة واضح.

قوله: (ولو أسلم على حرة وثلاث اماء تخيّر مع الحرة أمتين إذا رضيت الحرة، ولو لم ترض ثبت عقدها وبطل عقد الإماء).

إذا أسلم الحر على حرة وثلاث اماء وثنيات واسلمن، وكذا لو كن كتابيات، تخيّر مع الحرة أمتين، بناء على أنه لا يتشرط نكاح الأمة فقد الطول وخوف العنت، هذا إذ رضيت الحرة بالإماء، فلو لم ترض ثبت عقدها واندفع عقد الاماء لا محالة.

قوله: (ولو لحق به الإماء وخرجت العدة على كفر الحرة بطل نكاحها وتخيّر أمتين)

هذا من شعب المسألة المفروضة، وهي ما اذا أسلم على حرة وثلاث اماء، أي: لو لحق به الإماء في الصورة المذكورة، بأن أسلمن وخرجت العدة والحرة على كفرها، حيث كانت مدخولاً بها وهي غير كتابية، بطل نكاح الحرة لا محالة، فلم يعتبر رضاها حينئذٍ وتخيّر من الاماء اثنتين، بناء على أن نكاح الإماء غير مشروط بالشرطين.

قوله: (ولو عادت في العدة ثبت عقدها خاصة إن لم ترض بالاماء).

أي: لو أسلمت في العدة والحال إن الاماء أسلمن، اعتبر رضاهابالاماءليختار اثنتين، فإن لم ترض ثبت عقدها خاصة.

ولـو طلق الحـرة في العـدة قبل اسلامها، فإن أسلمت فيها صح الطلاق وبنّ الاماء إن قلنا ببطلان عقد الأمة على الحرة من أصله، وإن خرجت ولما تسلم ظهر بطلان الطلاق وتخيّر في الاماء.

قوله: (ولو طلق الحرة خاصة في العدة قبل اسلامها، فإن أسلمت فيها صح الطلق وبن الاماء إن قلنا ببطلان عقد الأمة على الحرة من أصله، وإن خرجت ولما تسلم ظهر بطلان الطلاق وتخيّر في الاماء).

هذا من أحكام المسألة المذكورة أيضاً، وتحقيقه إنه لو طلّق الحرة المدخول بها في العدة قبل اسلامها، نُظر فإن أسلمت في العدة تبيّن صحة الطلاق لوقوعه على من ثبت زوجيتها.

ثم الحكم في الإماء مبني على أن من عقد على الأمة وعنده حرة بغير اذنها، هل يكون باطلاً من أصله، أو يكون موقوفاً على رضاها؟ فإن قلنا بالأول بانت الاماء، وإن قلنا بالثاني اختار أمتين.

وإنما بناه على هذا؛ لأنه على القول بالوقف لا مانع من الصحة هنا، لأنه إنما كان المانع الجمع بين الحرة والأمة، وقد زال، ويشكل هذا البناء بأمرين:

الأول: لزوم مثله لو طلق المسلم الحرة بعد أن عقد على الأمة، فيجب الحُكم بصحة عقد الأمة في هذه الصورة بناء على الوقف.

قال شيخنـا الشهيد في بعض حواشيه: والتزامه بعيد اعتماداً على ان معنى الوقف صحته إذا أذنت لافساده اذا منعت.

وتـوضيحه: إن المعقول من معنى الوقف هنا تزلزل العقد وعدم ثبوته حتى يرضى، لا تسلطها على فسخه مع ثبوته، وبعد الطلاق لا اعتبار لرضاها؛ لخروجها عن الزوجية.

الثاني: إنه يلزم فيمن أسلم عن حرة وأمة ولم يطلّق بطلان عقد الأمة، بناء على

ولو أسلم الحر على أربع حرائر أوحرتين وأمتين، أو ثلاث حرائر وأمة. أو أسلم العبد على أربع اماء، أو حرة وأمتين، أو حرتين، ثبت العقد على الجميع، لكن مع رضى الحرائر إذا اجتمعن مع الإماء، هذا اذا كن

القول بالبطلان في المسألة المذكورة، وظاهرهم خلافه.

والتحقيق ان البناء لا يخلو من اشكال بالنسبة إلى كل من الطرفين، بل ينبغي أن يقال: فيه احتمالان: الصحة؛ لانتفاء الجمع المانع منها والبطلان؛ لتوقفه على رضى الحرة، وقد تعذر بخروجها عن الزوجية.

واحتمل شيخنا الشهيد اعتبار رضاها لو كانت العدة رجعية؛ لأنها زوجة، ثم ضعّفه بجريانها إلى بينونته، ومعها فلا اعتبار لرضاها. هذا كله إذا أسلمت في العدة، فلو خرجت ولم تسلم ظهر بطلان الطلاق؛ لأنه إنما يقع على زوجة وقد تبيّن انفساخ النكاح، باختلاف الدين. وهنا فائدتان:

الأولى: قوله:(وبن الاماء) جاز على لغة أكلوني البراغيث، وفي بعض النسخ وبانت الاماء.

الثانية: في الحكم بصحة الطلاق على تقدير اسلامها في العدة دليل على أن من طلَق وهو شاك في تحقق شرط صحة الطلاق، ثم علم حصوله حين وقوعه، يقع طلاقه صحيحاً.

وقد يوجد في كلام بعضهم ما يخالف ذلك، والاشكال متطرق إليه؛ لأنه حينئذٍ طلّق طلاقاً على التردد،ولابد في العقود والايقاعات من الجزم،ولمانع أن يمنع من التردد؛ لأن استصحاب الحال يقتضي بقاء الزوجية، والمزيل هو خروج العدة قبل الاسلام، وهو مشكوك فيه، ومتى حصل الاشتباه رجع الى الاستصحاب فلا تردد.

قوله: (ولو أسلم الحر على أربع حرائر أو حرتين وأمتين، أو ثلاث حرائر وأمة وأسلم العبد على أربع اماء، أو حرة وأمتين، أو حرتين، ثبت العقد على الجميع، لكن مع رضىٰ الحرائر إذا اجتمعت مع الاماء، هذا إذا كن

كتابيات.

ولو أسلم على أكثر من أربع وثنيات مدخول بهن انتظرت العدة، فإن خرجت ولم تسلم منهن واحدة بطل عقدهن، وإن أسلم فيها أربع فما دون وخرجت ولم تزدن على الأربع، ثبت عقد المسلمات وإن زدن على أربع في العدة تخير أربعاً، وله اختيار مَن سبق اسلامها ومَن تأخر، ويندفع نكاح البواقي.

وكذا لو أسلمن كلهن، ولا يجبر على الاختيار إذا سبق البعض، بل له التربص حتى تخرج العدة، فإن لحقن به أو بعضهن ولم يزدن عن أربع

كتابيات).

لما كان للحر أن ينكح أربع حرائر أو حرتين وامتين أو ثلاث حرائر وامة، على ما سبق بيانه، وكذا للعبد أن ينكح أربع اماء أو حرة وامتين أو حرتين، فإذا أسلم أحدهما على عدد من الأعداد التي يجوز له ثبت عقده على الجميع ولم يكن له اختيار؛ لانتفاء الزيادة على النصاب.هذا اذا كن كتابيات، فإنه يجوز استدامة نكاحهن.

أما إذا كن وثنيات فإنه لابد من اسلامهن معه، أو في العدة إذا كن مدخولاً بهن.

قوله: (ولو أسلم عن أكثر من أربع وثنيات مدخول بهن، انتظرن العدة، فإن خرجت ولم يسلم منهن أحد بطل عقدهن، وإن أسلم فيها أربع فما دون وخرجت ولم يزدن على الأربع، ثبت عقد المسلمات.

وإن زدن على أربع في العدة تخير أربعاً، وله اختيار من سبق اسلامها ومن تأخر، ويندفع نكاح البواقي.

وكذا لو أسلمن كلهن، ولا يجبر على الاختيار اذا سبق البعض، بل له التربص حتى تخرج العدة، فإن لحقن به أو بعضهن ولم يزدن على أربع

ثبت عقده عليهن، وإن زدن عن أربع تخير أربعاً.

ولو اختار مَن سبق اسلامهن وكن أربعاً لم يكن له اختيار من لحق به ولو في العدة.

ثبت عقده عليهن، وإن زدن على أربع تخير أربعاً.

ولو اختار من سبق اسلامهن وكن أربعاً، لم يكن له اختيار من لحق به ولو في العدة).

يصح تقدير المسلم حراً وعبداً، لكن لابد أن يراعى في اختيار الحر اختياره لما يجوز له من الحرائر والاماء، فإذا أسلم الزوج عن أكثر من أربع وثنيات مدخول بهن ـ وهذا القيد ليكون لهن عدة ينتظر اسلامهن فيها ـ فهناك أحوال:

الأول: أن لا تسلم واحدة منهن في العدة، فيتبين اندفاع نكاحهن باختلاف الدين، وهو واضح.

الثاني: أن يسلم فيها أربع فما دون، ويخرج عدد الباقين قبل اسلام احداهن، فتتعين المسلمات في العدة، ويندفع نكاح البواقي؛ لأنه إنما يتخير اذا زاد عدد من يستدام نكاحهن على النصاب.

الثالث: هذه الصورة بحالها لكن زدن في العدد على أربع، فيتخير حينئذ أربعاً، وله اختيار من سبق اسلامها ومن تأخر؛ لأن الاعتبار بجواز استدامة النكاح بكون الاسلام في العدة ولو قبل اخرها بلحظة، فإذا اختار اربعاً اندفع نكاح البواقي.

وأما من خرجت عدتها ولم تسلم، فانها بخروج العدة تتبين بينونتها.

الرابع: أن يسلمن كلهن في العدة فيختار أربعاً، فإذا اختاره اندفع البواقي.

ولا يخفى أنه حيث سبق البعض والعدة باقية لا يجبر على الاختيار لمن سبق؛ لامكان لحاق البواقي أو بعضهن، بل له التربص حتى تخرج العدة، فإن لم يزدن عن أربع ثبت عقده عليهن، وإن زدن تخير أربعاً.

ولـو أسلم عن أربـع وثنيات مدخول بهـن لم يكن له العقد على خامسـة، ولا على أُخت احـداهن إلّا بعد انقضاء العدة مع بقائهن على الكفر، أو بقاء احدىٰ الأربع أو الأُخت عليه.

ولو اختار من سبق اسلامهن وكن أربعاً لم يكن له اختيار من لحق به، وإن كان اللحاق في العدة؛ لأنه باختياره للأربع يندفع نكاح البواقي لو كن مسلمات وتجدد اسلامهن بعد الاختيار.

قوله: (ولو أسلم عن أربع وثنيات مدخول بهن، لم يكن له العقد على خامسة ولا على اُخت احداهنَ إلّا بعد انقضاء العدة مع بقائهن على الكفر أو بقاء احدى الاربع أو الاخت عليه).

اذا أسلم عن أربع وثنيات مدخول بهن ـ وقد علم وجه هذا القيد ـ لم يكن له العقد على خامسة، ولا على اُخت احداهن، إلّا بعد انقضاء العدة مع بقائهن على الكفر أو بقاء احدى الأربع عليه.

وكونها اُخت من يريد العقد عليها حيث تكون الخامسة اختاً لاحدى الأربع؛ لأنهن قبل ذلك لا يعلم اندفاع زوجيتهن؛ لجواز اسلامهن في العدة فيثبت نكاحهن أو اسلام الاُخت، فيثبت نكاحها وتمنع منها.

فإن قيل: حيث جاز طلاق الحرة في المسألة السابقة في العدة قبل اسلامها، وكان اسلامها قبل خروج العدة مصححاً له، وعدمه كاشفاً عن فساده، فلمَ لا يجوز هنـا العقد على الخامسة وعلى الاخت، وينتظر العدة فإن اسلمن كلهن فيها تبيّن بطلان نكاح الخامسة، وكذا لو أسلمت الاخت تبيّن بطلان نكاح اُختها، وإلّا ثبتت الصحة.

قلنا: يمكن الفرق بأن شرط الطلاق حاصل ظاهراً؛ لأن المطلقة قد كانت زوجـة قبـل الاسلام ولم يتبين اندفاع نكاحها بالاسلام حينئذٍ، فيتمسك بالاصل ظاهراً، ثم ينظر إلى الكاشف وهو اسلامها في العدة وعدمه، بخلاف نكاح الخامسة

ولو أسلمت الوثنية فتزوج الكافر باختها، فإن انقضت العدة على كفره صح عقد الثانية، ولو أسلما في عدة الأُولى تخيّر.

ولو تأخر اسلام الثانية حتى خرجت عدة الأُولى وقد أسلم بانت، ويحتمل انتظار العدة للثانية من حين اسلامه، فإن لحقت به تخيّر وإن خرجت عدة الأُولى.

والاخت؛ لأن المانع ـ وهو نكاح الأربع أو الأُخت ـ موجود ظاهراً، لأنهن قبل الاسلام كنَّ زوجات، ولم يعلم زوال الزوجية والأصل بقاؤها إلى أن يعلم المزيل، فالمصحح ظاهراً موجود في الأول، والمانع ظاهراً موجود في الثاني، فظهر الفرق. ومن هذا يظهر جواب السؤال السابق، أعني وقوع الطلاق على التردد.

قوله: (ولو أسلمت الوثنية فتزوج الكافر باختها، فإن انقضت العدة على كفره صح عقد الثانية. ولو أسلما في عدة الأُولى تخيّر، ولو تأخر اسلام الثانية حتى خرجت عدة الأُولى وقد أسلم بانت. ويحتمل انتظار العدة للثانية من حين اسلامه، فإن لحقت به تخيّر وإن خرجت عدة الأُولى)

لو أسلمت زوجة الكافر وكانت وثنية مدخولاً بها، فإنه ينتظر بنكاحها اسلامه في عدتها أو خروجها وهو على كفره.

فلو عقد على اختها صح العقد؛ لأن نكاح الكفر صحيح كما سبق. ثم ينظر، فإن انقضت عدة المسلمة وهو على كفره اندفع نكاح الأُولى وتقرر عقد الثانية.

ولو أسلما أو أسلم الزوج أو الأُخت المنكوحة في عدة الأُولى تخيّر أيتهما شاء، فإن كان لم يدخل بالثانية فلا أن يكون اسلامها دفعة حذراً من انفساخ العقد.

لكن ما سيأتي من عبارته يدل على أنه دخل بالثانية، فحينئذٍ لا يشترط اسلامها دفعة، فإذا تأخر اسلام الثانية حتى خرجت عدة الأُولى وقد أسلم بانت الثانية، وذلك لأنه لما أسلمت الأُولى حكم بضرب العدة لها من حين اسلامها.

ولو أسلم العبد عن أربع حرائر فصاعداً وثنيات، ثم اعتق ولحقن

وحكمه أنه متى أسلم الزوج في العدة ثبت نكاحها ما لم يكن هناك مانع، ولا مانـع هنا؛ لكون الثانية كافرة، فيستقر عقد الأُولى ويندفع نكاح الثانية، لانتفاء صلاحيتها للزوجية لامتناع الجمع بين الاختين، وهذا قول بعض الأصحاب.

ويحتمل انتظار العدة للثانية من حين اسلامه، فإن لحقت به في عدتها تخيّر وإن خرجت عدة الأُولى.

ووجهه أن المقتضي لانفساخ نكاح الثانية إنما هو اسلام الزوج، ولهذا لو بقي على الكفر استمر النكاح؛ لأن نكاح الكفر صحيح على ما قدمناه، وقد وقع العقد على الأُخت في حال كفرها، فحيث كانت مدخولاً بها وجب ضرب العدة لها كما في كل مدخول بها أسلم زوجها.

فإن أسلمت في العـدة وجب الحكم بعدم انفساخ النكاح باختلاف الدين، وحينئذٍ فيتخيّر أيتهما شاء ولا ينظر إلى بقاء عدة الأُولى وانقضائها، وهذا الاحتمال هو المختار.

والجواب عن دليل الأول: المنع من اندفاع نكاح الثانية باسلام الأُولى قبلها، وامتناع الجمع بين الاختين لا يقتضي ذلك، إنما يقتضي امتناع كونهما معاً زوجين.

وليس الحكم ببقاء نكاح الثانية انشاء نكاح للاخت بعد الاسلام، وإنما هو عقد وقع في الكفر صحيحاً، فإذا لم يكن اختلاف الدين موجباً لفسخه لم يثبت لأحد النكاحين أولوية على الآخر، ولم يكن لسبق اسلام احدى الاختين مزية على تجدد اسلام الأُخرى.

ومثله ما لو أسلم زوجاته الأربع وهن مدخول بهن دونه فتزوج خامسة ودخل بها ثم اسلم وتأخر اسلامها حتى خرجت عدة الاربع.

قوله: (ولو أسلم العبد على أربع حرائر فصاعداً وثنيات، ثم أُعتق

به في العدة تخيّر اثنتين، فإذا اختارهما انفسخ نكاح البواقي، وكان له العقد على اثنتين اخرتين؛ لأنه حينئذ حر.

ولو اعتق أولا ثم أسلم ولحقن به تخيّر أربعاً.

ولحقن به في العدة تخير اثنتين فإن اختارهما انفسخ نكاح البواقي، وكان له العقد على اثنتين اخرتين؛ لأنه حينئذٍ حر، ولو اعتق أولاً ثم أسلم ولحقن به تخير أربع).

اختلف كلام الأصحاب في هذه المسألة، فذهب الشيخ في المبسوط[1] والمصنف في التذكرة والتحرير إلى أنه إذا اجتمع اسلام الزوج والزوجات قبل عتقه كان له حكم العبيد فيختار حرتين فقط، وإن أعتق قبل اجتماع الاسلامين كان له حكم الاحرار فيختار أربعاً[2].

وذهب في هذا الكتاب إلى أنه إذا تأخر عتقه عن اسلامه لم يكن له اختيار الأربع، بل حكمه حكم العبيد؛ لأنه في وقت ثبوت الاختيار له والتزامه بأحكام الاسلام كلها كان عبداً فانحصر اختياره في اثنتين، بخلاف ما لو اعتق قبل اسلامه فإن له حكم الاحرار؛ لأنه في وقت ثبوت الاختيار له وجريان أحكام الاسلام جميعها عليه والتزامه بجميعها كان حراً، فيجري عليه حكم الحرية.

والمحقق نجم الدين في الشرائع استشكل الفرق بين ما اذا أسلم واسلم معه اثنتان من الأربع ثم اعتق، وبين ما اذا أسلموا ثم اعتق ثم أسلم أو أسلمن بعد عتقه واسلامه في العدة، حيث ان له في الأول اختيار اثنتين خاصة وفيما عداه اختيار أربع[3]، وقد بينا وجه الفرق، والشيخ في المبسوط فرّق بينهما، وكذا المصنف وغيره،

---

(١) المبسوط ٤:٢٢٨.

(٢) التذكرة ٢:٦٥٦، التحرير ٢:١٩.

(٣) شرائع الاسلام ٢:٢٩٧.

وإذا أسلم الحر عن أكثر من أربع حرائر مدخول بهن وثنيات انتظرت العدة، فإن لحق به أربع كان له الانتظار، فإن اختار المسلمات انقطعت عصمة البواقي.

ثم إن أسلمن قبل انقضاء العدة، علمت البينونة باختياره للأربع، وكانت عدتهن من ذلك الوقت.

وإن أقمن على كفرهن إلى الانقضاء، علمت البينونة منهن باختلاف الدين.

والفرق هو المختار.

واعلم أن قول المصنف: (لأنه حينئذٍ حر) تعليل لقوله: (وكان له العقد على اثنتين اخرتين) لا لما قبله؛ لمنافاته الحكم.

قوله: (واذا أسلم الحر عن أكثر من أربع حرائر مدخول بهن وثنيات انتـظرت العدة، فإن لحق به أربع كان له الانتظار، فإن اختار المسلمات انقطعت عصمة البواقي. ثم إن أسلمن قبل انقضاء العدة علمت البينونة باختياره للأربع، وكانت عدتهن من ذلك الوقت، وإن أقمن على كفرهن إلى الانقضاء علمت البينونة منهن باختلاف الدين).

هذا الفرض المذكور في كلام المصنف هو بعينه ما تقدم في كلامه قبل هذا بأسطر، وهو قوله: (ولو أسلم عن أكثر من أربع وثنيات مدخول بهن....).

وإنما ذكر هذا الفرض لذكر الأحكام التي زادها هنا، وقد كان يمكنه ذكرها هناك فيستغني عن الاطالة، لكنه لما لم يقيّد فيما سبق المسلم بكونه حراً والمسلمات بكونهن حرائر شمل الفرض العبد والإماء، ولا منافاة باعتبار ذلك؛ لأن لكل من الحر والعبد اختيار أربع في الجملة وإن اختلف الحكم باعتبار كونهن حرائر واماء.

اذا تقرر ذلك فاعلم أنه إذا أسلم الحر عن أكثر من أربع حرائر مدخول بهن

وإن انتـظر اسلام البواقي: فإن أقمن على الكفر حتى خرجت العدة ظهرت البينونة من حين الاختلاف، وأن عددهن انقضت، وأن الأول قد لزمه نكاحهن بغير اختياره؛ لأن اختياره إنما يكون بين عدد لا يجوز له جمعه.

وثنيات، انتظرت العدة في اندفاع نكاحهن بالاسلام وعدمه كما علم غير مرة، فإن لم يلحق به أحد فظاهر اندفاع نكاح الجميع بالاسلام.

وإن لحق به أربع كان له انتظار البواقي، فلا يحدث اختياراً ولا بما يستلزمه إلى أن ينتظر ما يكون منهن، وله أن لا ينتظر بأن يصرح باختيار المسلمات أو يطلقهن، فإن الطلاق يستلزم الاختيار، أو تفسخ نكاحهن، فهذه أقسام أربعة:

الأول: أن يختار المسلمات فتنقطع عصمة البواقي قطعاً، وهل هو باختلاف الدين أو بالاختيار؟ينظر فإن أسلمن قبل انقضاء العدة علمت البينونة باختياره للأربع وكانت عدتهن من ذلك الوقت؛ لأنهن بالاسلام والعدة صالحات لاستدامة نكاحهن كغيرهن، فلا بين إلّا بالاختيار.

وإن أقمن على كفرهن حتى انقضت عددهن علمت البينونة باختلاف الدين، ولم يكن للاختيار أثر لتعيّن المسلمات للنكاح، وهذا ضابط مستمر، وهو أنه متى كان الاختيار هو المقتضي للبينـونـة فالعدة من حينه، ومتى كان البقاء على الكفر إلى انقضاء العدة هو المقتضي لها فالعدة من حين الاسلام.

واعلم أن قول المصنف: (فإن لحق به....) لا معادل له في كلامه، استغناء بما تقدم في الفرض المذكور سابقاً.

قولـه: (وإن انتـظر اسـلام البواقي، فإن أقمن على الكفر حتى خرجت العدة ظهرت البينونة من حين الاختلاف، وإن عِدَدَهُنّ انقضت، وان الأول قد لزمه نكاحهن بغير اختياره؛ لأن اختياره إنما يكون بين عدد لا يجوز له جمعه.

وإن أسلمن في العدة، فإن اختار أربعاً انفسخ نكاح البواقي من حين الاختيار ويعتددن من وقته، فإن طلق المسلمات انقطعت عصمة الباقيات.

ثم إن اقمن على الكفر حتى انقضت العدة بنَّ باختلاف الدين، وإن اسلمن فيها بنَّ من حين الطلاق.

وإن اسلمن في العدة، فإن اختار أربعاً انفسخ نكاح البواقي من حين الاختيار ويعتدون من وقته).

هذا هو القسم الثاني من أقسام الأربعة، وهو انتظار اسلام البواقي وعدمه، وكان الأحسن أن يقدّمه على الأقسام الثلاثة أو يؤخره عنها؛ لأنها مقابل الانتظار.

وتحقيقه أنه اذا انتظر اسلامهن، فإن بقين على الكفر حتى انقضت العدة، تبين بينونتهن باختلاف الدين وانقضت عددهن ولزمه نكاح الاولى، وإن أسلمن في العدة فمتى اختار أربعاً أنفسخ نكاح البواقي من حين الاختيار ويعتدون من وقته.

ولا يخفى أنه لو قال: فمتى اختار أربعاً بدل قوله: (فإن اختار..) كان أحسن، فإنه لا يستدعي معادلاً، ولأنه لابد من الاختيار.

قوله: (فإن طلق المسلمات انقطعت عصمة الباقيات لاستحالة توجه الطلاق إلى غير زوجة، ثم إن أقمن على الكفر حتى انقضت العدة بنَّ باختلاف الدين، وإن اسلمن فيها بنَّ من حين الطلاق).

هذا هو القسم الثالث من الأقسام الأربعة، وهو ثاني الاقسام الثلاثة المقابلة للانتظار، وهو أن يطلق المسلمات، وحكمه أنه بمنزلة الاختيار؛ لاستحالة توجه الطلاق إلى غير زوجة، ولا يخفى أن الفاء في قوله (فإن طلق...) لا موقع لها والأحسن عطفه بالواو.

ولو اختار فسخ المسلمات لم يكن له إلّا بعد اسلام أربع، لإمكان أن لا يسلمن في العدة فيلزمه نكاح المسلمات. فلو اختار الفسخ ولم تسلم الباقيات في العدة انفصل نكاحهن، ولزمه نكاح من اختار فسخهن.

وإن أسلمن، فإن اختار منهن اربعاً انفسخ الزائد والأوائل.

وإن اختار الأوائل احتمل الصحة؛ لأن فسخه الأول لم يكن صحيحاً وقت وقوعه، والبطلان؛ لأن بطلان الفسخ إنما يتم لو أقام البواقي على الكفر؛ لأنا نتبيّن لزوم نكاح المسلمات.

فأما إذا أسلم البواقي، فإذا فسخ فيه نكاح من شاء جاز ولم يكن له أن يختارها.

قوله: (ولو اختار فسخ المسلمات لم يكن له إلّا بعد اسلام أربع؛ لإمكان أن لا يسلمن في العدة فيلزمه نكاح المسلمات).

هذا هو القسم الرابع، وهو أن يختار فسخ نكاح المسلمات، وقد حكم المصنف بأنه ليس له ذلك إلّا بعد اسلام أربع اخر في العدة، لإمكان أن لا يسلم غير الأول فيلزمه نكاحهن، فيقع الفسخ باطلاً، ومراده على ما يرشد اليه التعليل.

ويدل عليه ما سيأتي من كلامه أنه ليس له الفسخ المحكوم بتأثره في الحال، أما غيره فسيأتي في كلامه تردد فيه، فلولا هذا الحمل لتدافع كلامه.

قوله: (فلو اختار الفسخ ولم تسلم الباقيات في العدة انفصل نكاحهن، ولزمه نكاح من اختار فسخهن، وإن اسلمن فإن اختار منهن أربعاً انفسخ الزائد والأوائل، وإن اختار الاوائل احتمل الصحة؛ لأن فسخه الأول لم يكن صحيحاً وقت وقوعه. والبطلان؛ لأن بطلان الفسخ إنما يتم لو أقام البواقي على الكفر لأنا تبينا لزوم نكاح المسلمات، فأما اذا أسلم البواقي، فاذا فسخ فيه نكاح من شاء جاز ولم يكن له أن يختارها).

. . . .

هذا من أحكام القسم الرابع، أي: فلو أقدم على اختيار الفسخ للمسلمات ولم تسلم الباقيات، فظاهر انفصال نكاحهن، باختلاف الدين فيقع الفسخ لاغياً، ويلزمه نكاح من اختار فسخ نكاحهن.

وإن أسلمن في العدة، فإن اختار منهن أربعاً ـ لو كن أزيد من أربع ـ انفسخ نكاح الزائد والأوائل قطعاً. وإن اختار الأوائل ـ وهي التي فسخ نكاحهن ـ ففي صحة اختياره وفساده وجهان:

أحدهما: الصحة، لأن فسخه الأول لم يكن صحيحاً وقت وقوعه؛ وذلك لأنه لا يترتب عليه أثر فاسد.

ولمانع أن يمنع عدم ترتب أثره عليه، فإن عدم ظهور ترتبه في الحال لا يمنع انكشاف ترتبه فيما بعد.

والحاصل أن صحة الفسخ مشروطة بكون الزوجات عدداً يبقى منه بعد فسخ الأربع أربع فصاعداً، وباسلام البواقي في العدة انكشف حصول الشرط في وقت الفسخ، فوجب أن يكون صحيحاً.

نعم، قد يقال: يشترط في الفسخ أن لا يقع على التردد، وحين ايقاعه كان حصول الشرط مشكوكاً فيه، فوقع على التردد فلا يكون صحيحاً.

وثانيهما: البطلان، أي: بطلان اختيار الأوائل؛ وذلك لأن الفسخ وقع صحيحاً، لأن بطلانه إنما يتم لو أقام البواقي على الكفر، لانتفاء الشرط حينئذٍ، وهو الزيادة على العدد وهي منتفية فتبين لزوم نكاح المسلمات.

فأما اذا أسلم البواقي في العدة فإن الشرط حاصل، فإذا فسخ في حال اسلامهن نكاح من شاء جاز ووقع الفسخ صحيحاً، وإن تقدم الفسخ على اسلامهن بحصول شرطه بحسب الواقع، وحينئذٍ فمن فسخ نكاحها ليس له أن يختارها بعد.

والتحقيق أنه لا مانع من صحة الفسخ على تقدير اسلام البواقي، إلّا جهله

ولو أسلم عن أربع اماء وحرة فأسلمن وتأخرت الحرة واعتقن، لم يكن له اختيار واحدة منهن إن منعنا من نكاح الأمة للقادر على الحرة؛ لجواز اسلام الحرة.

وإنما تعتبر حالهن حال ثبوت الخيار، وهو حال اجتماع اسلامه واسلامهن، وقد كن حينئذ اماء، فإن أسلمت الحرة بنَّ ، وإن تأخرت حتى انقضت بانت، وكان له اختيار اثنتين لاغير اعتباراً بحال اجتماع الاسلامين.

بحصول شرطه في وقت ايقاعه وذلك يقتضي ايقاعه على التردد، وعدم الجزم بكونه فسخاً، فإن كان ذلك منافياً للصحة وقع فاسداً، وإلاّ فلا.

ومثله نقول في سائر العقود والايقاعات، فلو باع مال مورثه لاحتمال موته وانتقال الملك اليه فصادف موته.

وكذا لو وهبه لآخر، أو أصدقه امرأة، أو طلق زوجته جاهلاً بانتقالها من طهر إلى آخر حيث يشترط ذلك، ثم تبين حصول الشرط بحسب الواقع، ففي الصحة في ذلك تردد.

وما ذكره الأصحاب من أن العقود بالقصود قد يقال: إنه يقتضي الفساد، وإنا في ذلك من المتوقفين.

قوله: (ولو أسلم عن أربع اماء وحرة فأسلمن وتأخرت الحرة واعتقن لم يكن له اختيار واحدة منهن إن منعنا من نكاح الأمة للقادر على الحرة لجواز اسلام الحرة، وإنما يعتبر حالهن حال ثبوت الخيار، وهو حال اجتماع اسلامه واسلامهن وقد كن حينئذٍ إماء.

فإن أسلمت الحرة بنَّ وإن تأخرت حتى انقضت بانت وكان له اختيار اثنتين لا غير اعتباراً بحال اجتماع اسلامهن).

. . . .

لو أسلم الحر عن أربع اماء وحرة وثنيات مدخول بهن، فأسلمن الإماء وتأخرت الحرة واعتقن، فقد حكم المصنف بأنه ليس له اختيار واحدة من الاماء، لا قبل العتق ولا بعده على القول بمنع الحر القادر على نكاح الحرة من نكاح الأمة.

أما قبل العتق فظاهر؛ لأنه متمسك بنكاح حرة، فإنه يجوز أن يسلم في العدة.

وأما بعده؛ فلأن الاعتبار بحريتهن وضدها وقت اجتماع اسلامه واسلامهن؛ لأن وقت الاختيار حينئذٍ، وفي هذه الحالة كن اماء إذ المفروض أن اعتاقهن بعد اسلامهن واسلامهن بعد اسلامه، بل ينتظر إن أسلمت الحرة بنّ، أعني الاماء.

ومتى تكـون بينونتهن ينبغي أن يكون من حين اسلامه؛ لأنه وقت التزامه بأحكام الاسلام، وقد تبيّن أن له حينئذٍ زوجة حرة.

وإن تأخرت الحرة حتى انقضت العدة بانت باختلاف الدين، وكان له اختيار أمتين لا غير، اعتباراً بوقت اجتماع اسلامهن مع اسلامه.

وقد حذف المصنف لفظة مع اسلامه اكتفاء بدلالة اجتماع عليه، وفي بعض النسخ: اعتباراً بحال اجتماع الاسلامين.

واعلم أن هذاالذي ذكره المصنف نحو ما ذكره الشيخ في المبسوط[1]، لكنه زاد فيه قوله: (إن منعنا من نكاح الآمة الى اخره ، وعليه ثلاث اشكالات):

الأول: إن بناء قوله: (لم يكن له اختيار واحدة منهن على منع نكاح القادر على نكاح الحرة من نكاح الأمة) بناء غير ظاهر، وذلك لأنه يقتضي عدم الفرق بين ابتداء الأول نكاح الأمة واستدامته، وقد صرح الأصحاب بالفرق.

وان اشتراط نكاح الأمة بالعجز عن نكاح الحرة إنما هو في الابتداء لا في الاستدامة، ولولا ذلك لزم أنه متى أسلم الحر على اماء وكان قادراً على نكاح الحرة،

---

(١) المبسوط ٤: ٢٢٥.

ولو اعتقن قبل اسلامه، ثم أسلم وأسلمن أو اعتقن بعد اسلامه على اشكال، ثم أسلمن بعد اسلامه، كان له اختيار الأربع؛ لأن حالة الاختيار حال اجتماع الاسلامين وهن حينئذٍ حرائر، فإن اختارهن انقطعت الخامسة.

ينفسخ نكاحهن. وكذا إذا أسلم وتحته حرة.

وأما ينفسخ نكاح الاماء اذا أسلمت الحرة وإن رضيت بنكاحهن، وليس بمرضي عندنا، وقد صرح الأصحاب بخلافه، وإنما يجب أن يقال: ينتظر اسلام الحرة، فإن أسلمت توقف على رضاها، وإلّا اختار أمتين.

الثاني: اعترافه بأن الاعتبار في الرقية والحرية بوقت اجتماع اسلامه واسلامهن، ينافي ما سبق من أنه اذا أسلم العبد على أربع حرائر ثم اعتق واسلمن في العدة يختار أمتين فقط؛ لأن وقت اجتماع الاسلامين كان حراً، فكان حقه أن يختار أربعاً.

وما سيأتي من قوله: (أو اعتقن بعد اسلامه على اشكال) فإن الاشكال لا يتجه إذا كنا لا نعتبر إلّا وقت اجتماع الاسلامين.

الثالث: قوله: (وإن تأخرت حتى انقضت بانت وكان له اختيار اثنتين لا غير بناء على منع القادر على نكاح الحرة من نكاح الأمة) مشكل، فإن نكاح الأمتين على هذا التقدير ممنوع منه، وظاهره بناء المسلمة على ذلك القول.

قوله: (ولو اعتقن قبل اسلامه ثم أسلم وأسلمن أو اعتقن بعد اسلامه على اشكال، ثم أسلمن بعد اسلامه كان له اختيار الأربع؛ لأن حالة الاختيار حال اجتماع الاسلامين وهن حينئذ حرائر، فإن اختارهن انقطعت الخامسة).

هذه من شعب المسألة السابقة، وفيهاصورتان:

أ: عتقهن قبل اسلامه واسلامهن معاً.

. . . .

ب: عتقهن بعد اسلامه وقبل اسلامهن.

وبقي صورة وهي عتقهن بعد اسلامهن وقبل اسلامه، والذي سبق في أول المسألة عتقهن بعد الاسلامين.

فأما إذا كان عتقهن قبل اسلامه واسلامهن معاً، فلا اشكال في أن له اختيار أربع؛ لأنهن في وقت التزامه بأحكام الاسلام وجريان الأحكام عليه حرائر، فكان لهن حكم الحرائر في الأصل فيختار أربعاً.

وأما إذا كان عتقهن بعد اسلامه وقبل اسلامهن، فقد ذكر المصنف فيه اشكالاً ينشأ: مما ذكره المصنف، وهو أن حالة الاختيار حال اجتماع الاسلامين، وهنّ في هذه الحالة حرائر فله أن يختار أربعاً.

ومن أن حالة اسلامه هي حالة التزامه بأحكام الاسلام وحالة جريانها عليه، فيكون المعتبر حالة اسلامه فقط، وهن حينئذٍ اماء فيختار اثنتين فقط، وهذا أقوى.

لا يقال: قبل اجتماع الاسلامين ليس له اختيار قطعاً، فيكون وقت الاختيار حين اجتماعها، فتجري عليه الأحكام باعتبار تلك الحالة.

لأنا نقول: المانع من الاختيار قبل اجتماع الاسلامين هو عدم العلم ببقاء الزوجية، والاختيار فرعها، وإنما يتبين ذلك بالاسلام في العدة وعدمه، حتى لو علم بقاء الزوجية بسبب من الأسباب الموجبة للعلم كاخبار المعصوم، لم يمنع من الاختيار قبل اجتماع الاسلامين، ومن ثم يجعل الاختيار الواقع قبل اجتماع الاسلامين مراعى، وكذا الطلاق.

فعلى هذا إنما يختار اثنتين من الإماء مع الحرة إذا أسلمت في العدة، وعلى الأول له اختيار الأربع فتبين الخامسة وإن أسلمت في العدة، وأما إذا اعتقن بعد اسلامهن وقبل اسلامه فإن له أن يختار الأربع.

أما على اعتبار اجتماع الاسلامين فظاهر، وأما على اعتبار اسلامهن؛ فلانه

ولو أسلم عن خمس فلحق به أربع، فله اختيار ثلاث وانتظار الخيار في الرابعة حتى تخرج عدة الخامسة على الشرك.

وهل له انتظار الخيار في الجميع؟ الاقرب المنع؛ لأنه يلزمه نكاح ثلاث منهن فيختار ثلاثاً، فإن أسلمت الخامسة تخيّر، وإلّا لزمه نكاح الرابعة.

إنما أسلم بعد أن صرنَ حرائر.

واعلم أن الدليل الذي علل به المصنف، وهو قوله: (لأن حالة الاختيار حالة اجتماع الاسلامين) إن تم لم يتجه الاشكال الذي ذكره في المسألة الثانية، ولم يسلم له ما افتى به فيما إذا أسلم العبد ثم أُعتق ثم أُسلم الزوجات.

قوله: (ولو أسلم على خمس فلحق به أربع، فله اختيار ثلاث، وانتظار الخيار في الرابعة حتى تخرج عدة الخامسة على الشرك. وهل له الانتظار في الجميع؟ الأقرب المنع؛لأنه يلزمه نكاح ثلاث منهن فيختار ثلاثاً، فإن أسلمت الخامسة تخيّر، وإلّا لزمه نكاح الرابعة).

توضيح ما ذكره المصنف وجهاً للأقرب أن هذا يلزمه نكاح ثلاث منهن على كل تقدير من تقديري اسلام الخامسة وعدمه، وكل من كان كذلك تعين عليه الاختيار من غير تأخير، فالكبرى محذوفة، ووجه صحتها أن للزوجات حقاً، فلا يجوز تضييعه بالتأخير.

وأما الصغرى فللناظر أن ينظر فيها، فإنه إن أراد بها أنه يلزمه نكاح ثلاث على التعيين، فمعلوم أنه ليس كذلك، إذ لو كان هكذا لم يكن للاختيار معنى. وإن أراد أنه لا على التعين، فالكبرى ممنوعة، فإنه من المعلوم أنه ليس كل من يلزمه نكاح ثلاث أو أربع في الجملة يجب عليه تعجيل الاختيار.

ووجهه أيضاً بأن الاختيار إنما يكون عند الزيادة على الأربع، ولم يوجد، وليس بشيء، وبأنه للثلاث عليه حقوق الزوجية، فلا يحل تأخيرها كالمباينة، وفيه نظر؛ لأن

ولو أسلم تحت العبد المشرك أربع اماء ثم اعتقن قبل اسلامه، كان لهن الفسخ، فإن لم يسلم بن بالاختلاف من حين اسلامهن وظهر فساد الفسخ ويكملن عدة الحرائر وإن أسلم في العدة بن بالفسخ.

ولو أخرن الفسخ حتى أسلم كان لهن الفسخ؛ لأنهن تركنه اعتماداً على الفسخ بالاختلاف كالمطلّقة رجعياً إذا اعتقت وأخرت الفسخ.

ذلك حيث لا يكون التأخير لانتظار اسلام بعض الزوجات.

وأما إذا كان للانتظار فقد تعارض الحقان فيطلب المرجح، والأصل عدم تحتم الاختيار.

قوله: (ولو أسلم تحت العبد المشرك أربع اماء، ثم اعتقن قبل اسلامه، كان لهن الفسخ، فإن لم يسلم بنَ بالاختلاف من حين اسلامهن وظهر فساد الفسخ، ويكملن عدة الحرائر.

وإن أسلم في العدة بن بالفسخ، ولو اخترن الفسخ حتى أسلم كان لهن الفسخ؛ لأنهن تركنه اعتماداً على الفسخ بالاختلاف، كالمطلقة رجعياً اذا اعتقت وأخرت الفسخ).

إذا كانت تحت العبد المشرك أربع اماء مدخول بهن فأسلمن ثم اعتقن قبل اسلامه، فقد حكم المصنف بأن لهن الفسخ، نظراً إلى أن كل أمة اعتقت تخيرت في النكاح.

لكن يرد عليه أن هذا الفسخ إنما يكون مع بقاء النكاح، ومن الممكن أن لا يسلم في العدة، فيكون النكاح قد انقطع باختلاف الدين، وقد سبق للمصنف تردد في نظير هذه المسألة، وهي قوله: (ولو اختار فسخ المسلمات...).

ويمكن الجواب بأن الأصل بقاء النكاح، فيجوز انشاء الفسخ فيقع مراعى ولا بأس بذلك، فعلى هذا اذا فسخن ينظر فإن لم يسلم في العدة تبيّن بينونتهن

وإن أسلم في العدة اخترن فراقه فعليهن عدة الحرائر، وإن اخترن نكاحه اختار اثنتين.

وإن اخترن المقام معه قبل اسلامه لم يصح، ولم يسقط حقهن من الفسخ عند اسلامه على اشكال.

باختلاف الدين من حين اسلامهن وظهر فساد الفسخ، ويكملن عدة الحرائر لأنهن حرائر حينئذ.

وإن أسلم في العدة بنّ بالفسخ؛ لبقاء النكاح إلى حينه. ولو اخرن الفسخ حتى أسلم لم يبطل حقهن منه وإن كان فورياً؛ لأنهن تركنه اعتماداً على الفسخ بالاختلاف، لأنه سبب ظاهر في قطع عصمة النكاح، فلا يعد التأخير معه اهمالاً كالمطلقة رجعياً إذا اعتقت، فإنها لو أخرت الفسخ لا يعد اهمالاً، ولم يسقط حقها من الفسخ، فيكون ذلك جواباً عن سؤال مقدّر.

قوله: (وإن أسلم في العدة فاخترن فراقه فعليهن عدة الحرائر، وإن اخترن نكاحه اختار اثنتين، وإن اخترن المقام معه قبل اسلامه لم يصح، ولم يسقط حقهن من الفسخ عند اسلامه).

هذا من جملة شعب المسألة السابقة.

وتحقيقه: إنه اذا أسلم في العدة، وقد اخرن الفسخ فاخترن فراقه فعليهن عدة الحرائر من حين الفسخ، وإن اخترن نكاحه لم يجز له أن يختار سوى اثنتين؛ لأنهن في وقت ثبوت الاختيار حرائر، ولا يسوغ للعبد أزيد من حرتين.

ولو صرحن باختيار المقام معه قبل اسلامه لم يصح؛ لأنه حينئذٍ كافر، ولا يملك الكافر نكاح المسلمة، فعلى هذا لا يسقط حقهن من الفسخ عند اسلامه.

ولقائل أن يقول: إنه كما لا يمتنع فسخهن قبل اسلامه ويقع مراعى، كذا لا يمتنع اختيارهن المقام معه قبل الاسلام أيضاً ويقع مراعى.

ولو أسلم قبلهن فاعتقن، فإن اخترن المقام لم يصح؛ لأنهن جاريات إلى بينونة، وإن اخترن الفسخ فلهن ذلك.

وفي بعض النسخ: على اشكال ومنشؤه من وجود المانع من اختيار المقام معه وهو الكفر، فيقع لاغياً. ومن امكان وقوعه مراعى، بل هو الظاهر؛ لأن عصمة النكاح مستصحبة إلى أن يعلم القاطع.

والذي أراه أنه لا فرق بين اختيارهن الفسخ والمقام معه، فكل ما يقال في احداهما يقال في الآخر مثله، ففرّق المصنف بينهما في الفتوى أو في الجزم، والاشكال لا يخلو من نظر، وهنا فائدتان:

الأولى: ينبغي أن يقرأ المقام من قوله: (وإن اخترن المقام) بضم الميم على أنه مصدر ميمي، إذ لا موقع له هنا مع الفسخ.

الثانية: الظاهر أن المراد بقوله:(وإن أسلم في العدة فاخترن فراقه) انهن اخترن الفسخ أو المقام حتى أسلم، ثم اخترن أحد الأمرين، وظاهر أن العبارة غير وافية بذلك وأن نظمها غير حسن.

وقوله:(وإن اخترن المقام معه قبل اسلامه) شعبة أُخرى من شعب المسألة، هي مقابل تعجيل الفسخ قبل اسلامه، وهو ظاهر، فيكون المذكور ثلاث شعب: تعجيل الفسخ، وتعجيل اختيار المقام، وتأخيرهما إلى زمان اسلامه.

قوله: (ولو أسلم قبلهن فاعتقن، فإن اخترن المقام لم يصح؛ لأنهن جاريات إلى بينونة، فإن اخترن الفسخ فلهن ذلك).

أي: لو كان تحت العبد المشرك أربع اماء فأسلم قبلهن، ثم اعتقن قبل اسلامهن، فإن اخترن المقام معه لم يصح؛ وذلك لأنهن جاريات إلى بينونة: لأن الفرض انهن وثنيات، فلا يصح استدامة نكاحهن للمسلم.

ومن الجائز أن لا يسلمن في العدة فيقع الاختيار لاغياً، أما اذا اخترن الفسخ فإن لهن ذلك؛ لوجود العتق المقتضي له. هذا ظاهر مراد المصنف من هذه العبارة،

ولو أسلم الكافر بعد أن زوّج ابنه الصغير بعشر تبعه في الاسلام، فإن اسلمن اختار بعد البلوغ، ويمنع من الاستمتاع بهن وتجب النفقة عليهن.

ولو أسلم أب المجنون ففي التبعية اشكال، فإن قلنا به تخيّر الأب أو الحاكم.

والفرق ليس بجيد؛ لأن الفسخ واختيار المقام بمنزلة واحدة؛ لأن شرط كل منها بقاء النكاح، فإن صح أحدهما لزم صحة الآخر.

وكذا القول في الفساد، والقول بوقوع كل منها مراعى متجه.

قوله: (ولو أسلم الكافر بعد أن زوّج ابنه الصغير بعشر تبعه في الاسلام، فإن أسلمن اختار بعد البلوغ، ويمنع من الاستمتاع، وتجب النفقة عليهن).

لا ريب أنه إذا أسلم الكافر تبعه ولده الصغير، فلو كان قد زوجه بعشر قبل الاسلام وأسلمن مع اسلام الأب، فإن الزوج يختار أربعاً بعد البلوغ لاقبله، إذ لا عبرة باختيار الصبي، وليس للولي الاختيار هنا قطعاً؛ لأن طريقة التشهي والبلوغ امد ينتظر، بل ينفق عليهن من ماله لأنهن محبوسات لأجله.

ولا ريب أنه يمنع من الاستمتاع بهن؛ لأن الزائد على أربع نكاحهن مندفع.

قوله:(ولوأسلمأب المجنون ففي التبعية اشكال، فإن قلنا به تخير الأب أو الحاكم).

لو كان المجنون متزوجاً زيادة على أربع اماء، بأن تزوج ثم جن، أو زوجه من يعدونه ولياً له ثم أسلم الأب، ففي تبعية الابن المجنون له في الاسلام اشكال ينشأ: من أن السبب المقتضي للتبعية في الصغير هو سلب عبارته وعدم أهليته لأحكام التكليف قائم هنا فتثبت التبعية.

المطلب الرابع: في كيفية الاختيار.

الاختيار إمـا باللفظ أو بالفعل. أما اللفظ فصريحه: اخترتك، أو امسكتك، أو ثبتك، أو اخترت نكاحك، أو أمسكته، أو ثبته وشبهه منجزاً على الأقوى.

ومن أن لحوق الأحكام بالتبعية للغير على خلاف الأصل، فيقتصر ذلك على الصغير؛ لخروجه بالاجماع، ويبقى ما عداه على الأصل.

فإن قلنا بالتبعية فالخيار في تعيين الأربع إلى الأب أو الجد له، ومع فقدهما فالحاكم؛ لأن انتظار الافاقة ضرر منفي بالسنة والفرق بينه وبين الصبي أن للبلوغ أمد ينتظر يقطع بحصوله فيه، بخلاف الافاقة.

وقيل: لا ولاية في الاختيار هنا؛ لأن طريقه الشهوة، ولا يطلع عليها الأب ولا الحاكم. والأول أصح كالطلاق عن المجنون، فإنه يتولاه الولي.

واعلم أن قول المصنف: (تخير الأب أو الحاكم) يريد به مع عدم الأب، ولا يريد به التخيير بين الأب والحاكم.

إذا عرفت ذلك فقد يفرّق بين من بلغ فاسد العقل، ومن بلغ عاقلا وتجدد جنونه؛ لأن التبعية في الأول تثبت بحكم الاستصحاب، بخلاف الثاني.

قولـه: (المطلب الرابع: في كيفية الاختيار: الاختيار إما باللفظ أو بالفعـل، أما اللفظ فصريحه: اخترتك، أو أمسكتك، أو ثبتك، أو اخترت نكاحك، أو أمسكته، أو ثبته وشبهه).

شبه ذلك: اخترت نكاحك، أو اخترت تقرير نكاحك، أو اخترت حبسك على النكاح، أو اخترت عقدك، أو ما جرى هذا المجرى.

قوله: (منجزاً على الأقوى).

ولو طلق فهو تعيين للنكاح، فلو طلق أربعاً صح نكاحهن وطلقن وانفسخ نكاح البواقي، وليس الظهار والايلاء اختياراً على اشكال.

أي: فلا يصح معلقاً وفاقاً للشيخ في المبسوط[1]، وهو الأصح؛ لأن اختيار بعض الزوجية دون بعض إنما يكون بالسبب الموظف شرعاً لذلك، ولم يثبت كون المعلق سبباً فينتفي بالأصل، ولأنه بعيد عن شبه الاختيار؛ لانتفاء الجزم عنه.

ولأن المفهوم من قوله عليه السلام: «امسك أربعاً وفارق سائرهن»[2] هو الاختيار المنجز، ويحتمل ضعيفاً الاكتفاء بالمعلق، وحكاه الشارح الفاضل قولاً شاذاً؛ تمسكاً بالأصل وبعدم وجود المنافي لصحته في الكتاب أو السنة[3].

ويرده ان الأصل عدم سببيته لا جوازه، ويكفي ذلك في المنافي.

قوله: (ولو طلق فهو تعيين للنكاح، فلو طلق أربعاً صح نكاحهن وطلقن وانفسخ نكاح البواقي).

وجهه: إن الطلاق لا تخاطب به إلّا الزوجة؛ لأنه موضوع لازالة قيد النكاح، فالنكاح لازم له لزوما بيناً فيلزم تصوره، فمتى طلق فقد أثبت النكاح. فإذا طلق أربعاً ثبت نكاحهن وطلقن واندفع نكاح البواقي، وفي وجه للعامة أنه ليس تعييناً للنكاح؛ لقوله صلّى الله عليه وآله لفيروز الديلمي: «طلق أيتهما شئت»[4]. ولو كان الطلاق تعييناً للنكاح لكان ذلك تفويتا لنكاحها عليه. وجوابه: إن ذلك لو صح فالمراد بالطلاق مجازه، وهو مطلق الفراق.

قوله: (وليس الظهار والايلاء اختياراً على اشكال).

---

(١) المبسوط ٤:٢٣٦.

(٢) سنن البيهقي ٧:١٨١.

(٣) ايضاح الفوائد ٣:١١٤.

(٤) سنن البيهقي ٧:١٨٥.

فإن اختـار التي ظاهـر منهـا أو آلى صحـا، ويكون العود عقيب الاختيار إن لم يفارقها، ومدة الايلاء من حين الاختيار.

ينشأ: من أنها تصرفان مخصوصان بالنكاح فأشبها لفظ الطلاق، فإن الظهار وصف بالتحريم للزوجة على وجه مخصوص، والايلاء هو الحلف على الامتناع من وطء الزوجة، وهو قول الشيخ رحمه الله.

ومن أن الـظهار إنما هو وصف بالتحريم، والايلاء حلف على الامتناع من الوطء، وكل منهما بالأجنبية أليق منه بالزوجة.

ولأن الظهار إن خوطبت به الزوجة ترتب عليه أحكام مخصوصة، وإن خوطبت به الأجنبية لم تثبت بذلك أحكام، لكن معناه صحيح بالنسبة اليها، وفي الايلاء لو حلف على وطء الأجنبية وتزوجها ووطأها كان عليه الكفارة.

والحـاصـل أن نفس المخـاطب بها لا يستلزم الزوجية، فلا يكون أحدهما اختياراً، وهو الأصح. أما لو قصد الظهار الذي يترتب عليه أحكام تتعلق بالزوجة، وكذا الايلاء فإنه غير المبحوث عنه.

قوله: (فإن اختار التي ظاهر منها أو آلى صح، ويكون العود عقيب الاختيار إن لم يفارقها، ومدة الايلاء من حين الاختيار).

هذا تفـريع على القـول الثاني، وهو الذي يتبادر من قوله: (وليس الظهار والايلاء اختياراً على اشكال).

وتحقيقه: أنه لو ظاهر أو آلى من إحداهن، ثم اختار التي ظاهر منها أو آلى، فقد تبيّن صحة الظهار والايلاء؛ لأنه قد ظهر أن المخاطبة بذلك زوجة. ويكون ابتداء مدة الايلاء من وقت الاختيار، ويكون العود عقيب الاختيار إن لم يفارقها؛ لانتفاء تحقق الزوجية قبله. هذا إن اختار التي ظاهر منها أو آلى، فإن اختار غيرها سقط حكمها.

واعلم أن قوله: (ويكون العود عقيب الاختيار) لا يتأتى على قولنا من أن

ولو قذف واحدة فاختار غيرها وجب الحد، وسقط بالبينة خاصة.

ولو اختارها أسقطه باللعان أيضاً، ولو طلق أو ظاهر أو آلى أو قذف بعد اسلامه حال كفرهن: فإن خرجت العدة عليه فلا حكم، بل التعزير في القذف، ويسقط بالبينة خاصة،وإن أسلمن فيها فالأقرب وقوع الطلاق.

أما الظهار والايلاء فإن اختار من أوقع عليها ذلك صح.

العود هو ارادة الوطء. نعم يتأتى ذلك على قول الشافعي، وهو أن العود امساكها زوجة بعد الظهار مع قدرته على الطلاق.

ويمكن أن يريد بالعود مطالبة الحاكم به أو بالطلاق، لكن لا ريب أنه لابد من مدة التربص، ولا منافاة؛ لأن ضرب المدة إنما هو للنظر في اختيار أحد الأمرين.

وكذا قوله: (ومدة الايلاء من حين الاختيار) لا يستقيم على ظاهره، إذ لابد من المرافعة، ولعله إنما أطلق ذلك اعتماداً على ما بيّن في باب الظهار والايلاء، والأمر في ذلك سهل.

قوله: (ولو قذف واحدة فاختار غيرها، وجب الحد وسقط بالبينة خاصة، ولو اختارها أسقطه باللعان أيضاً).

وجهه أن قذف الزوجة يوجب الحد ويسقط بالبينة واللعان بشروطه، وأما الأجنبية فإن قذفها يوجب الحد ولا يسقط إلّا بالبينة، والاختيار يحقق الزوجية ويدفع غيرها، فإن اختار المقذوفة تعلق بقذفها أحكام الزوجة.

قوله: (ولو طلق أو ظاهر أو آلى أو قذف بعد اسلامه حال كفرهن، فإن خرجت العدة عليه فلا حكم، بل التعزير في القذف، ويسقط بالبينة خاصة، وإن اسلمن فيها فالأقرب وقوع الطلاق.

أما الظهار والايلاء، فإن اختار من أوقع عليها ذلك صح.

وأما القذف فإن اختار المقذوفة فعليه التعزير، ويسقط باللعان أو البينة، وإن لم يخترها أسقطه بالبينة.

وأما القذف فإن اختار المقذوفة فعليه التعزير ويسقط باللعان أو البينة، وإن لم يخترها أسقط بالبينة).

اذا أسلم الزوج وتخلف الزوجات فطلق بعضاً أو ظاهر أو آلى أو قذف حال كفرهن، فإن خرجت العدة فلا حكم للطلاق ولا الايلاء ولا الظهار؛ لأنهن بن باختلاف الدين حين أسلم.

وأما القذف فيجب عليه التعزير دون الحد؛ لأنه قذف مشرك، وله اسقاطه بالبينة دون اللعان؛ لأنه قذفها وهي بائن.

وإن اسلمن قبل انقضاء عددهن: فأما التي طلقها فالأقرب وقوع الطلاق عليها، ويكون ذلك اختياراً لها، ويكون اسلامها كاشفاً عن وقوعه. ووجهه معلوم مما سبق، فإن الطلاق لا يواجه به إلّا الزوجة، ووقوعه مراعى لا امتناع فيه، والأصل فيه الصحة، فلا يحكم ببطلانه مع امكان الصحة.

وحكى الشارح الفاضل قولاً ولم يذكر قائله، أنه لا يقع؛ لأنه طلاق معلق على شرط، وهو تجدد اسلامها، وبطلانه ظاهر؛ لأن الشرط الزوجية والاسلام كاشف[1].

وقال بعض الشافعية: إنه إن اختارها وقع عليها الطلاق وصح ظهارها والايلاء منها[2]، والأصح الأول.

وأما الظهار والايلاء فإنهما ليسا باختيار كما عرفت، فإن اختار التي ظاهر منها أو آلى صح ذلك، وإلّا فلا.

وأما القذف: فإن اختار المقذوفة فعليه التعزير؛ لأنه قذفها وهي مشركة، وله

---

(١) ايضاح الفوائد ٣:١١٥.

(٢) المجموع ١٦:٣١٣.

وهل تنزل الكنايات منزلة الطلاق في الاختيار؟ اشكال أقربه العدم وإن قصد به الطلاق.

اسقاطه باللعان أو البينة؛ لأنها زوجة. وإن لم يخترها فعليها التعزير أيضاً لما سبق، وله اسقاطه بالبينة دون اللعان؛ لأنه قذف أجنبية.

وهنا سؤال وهو أنهم مصرحون بكون غير المختارة إنما تبين بالاختيار، ومن حينئذٍ تعتد، وذلك يستلزم بقاء الزوجية إلى حين الاختيار، وهذا يستلزم كون المقذوفة زوجة على كل حال.

ويمكن الجواب بأنها لما كانت زائدة على العدد الشرعي كانت زوجيتها كلا زوجية.

وفي قول المصنف: (فإن خرجت العدة عليه فلا حكم) حذف تقديره: فلا حكم لشيء عن ذلك أو نحوه.

قوله: (وهل تنزل الكنايات منزلة الطلاق في الاختيار؟ اشكال أقربه العدم وإن قصد به الطلاق).

لا ريب أن الطلاق لا يقع بالكنايات عندنا، لكن هل تنزل الكنايات منزلة الطلاق في كونها اختياراً؟ اشكال ينشأ: من أن الطلاق إنما كان اختياراً لدلالته على الزوجية بنفسه، ولا كذلك الكناية فلا تكون اختياراً.

ومن أن الاختيار النفسي هو المقتضي لتقرير النكاح، فبأي لفظ أتى به مما يدل عليه كان كافياً قضاء للدلالة، والأقرب عند المصنف العدم؛ لأن الاختيار يقتضي ثبوت زوجية بعض دون بعض، ويترتب على ذلك أحكام شرعية، فلا تثبت بمجرد اللفظ المحتمل، حتى أنه لو قصد بالكناية الطلاق لا يكون اختياراً عندنا؛ لأن الطلاق لا يقع بالكناية فلا يحصل بها لازمه وهو الفسخ.

وأما العامة القائلين بوقوع الطلاق بالكناية فلا كلام عندهم بحصول الاختيار بها، سواء قصد بها الطلاق أم لا.

وكذا لو أوقع طلاقاً مشروطاً فقال: كلما أسلمت واحدة منكن فقد طلقها.

ولو قال: إن دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح أو الفراق لم يصح؛ للتعليق.

فإن قيل: الرجعة تصح بالكناية، فالاختيار كذلك بطريق اولى؛ لأن الرجعة تفيد ابطال الطلاق، والاختيار إنما يميز الزوجة عن غيرها.

قلنا: الاختيار تضمن فسخ نكاح ما زاد على الأربع، فلذلك لم يكتف فيه بالكناية المحتملة، فإن القصد النفسي وحده لا أثر له، والأقرب ما قربه المصنف.

واعلم أن الضمير في قوله: (به) من قوله: (وإن قصد به الطلاق) يعود إلى ما دل عليه الكلام السابق وهو: (ذلك) ونحوه، أي: وإن قصد بذلك من قوله: (الطلاق ونحوه).

قولـه: (وكذا لو أوقع طلاقاً مشروطا فقال كلما اسلمت واحدة منكن فقد طلقها).

لا شك أن الطلاق المعلق لا يقع عندنا، فلو أتى به هنا ففي كونه اختياراً اشكال أقربه العدم كما سبق.

قوله: (ولو قال: إن دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح أو الفراق لم يصح التعليق).

قد سبق أن الاختيار لا يصح معلقاً، ويزيده بيانا انا إن نزلناه منزلة الابتداء كان تعليقه كتعليق النكاح، وإن نزلناه منزلة الاستدامة كان تعليقه كتعليق الرجعة.

ولأن الزوج مأمور بالتعيين، والاختيار المعلق ليس بتعيين، وكما أنه لا يفيد تعيين الزوجة لا يفيد تعيين المطلوب فراقها لمثل ما ذكرناه.

ولو رتب الاختيار ثبت عقد الأول واندفع البواقي.

ولو قال لما زاد على أربع: اخترت فراقكن، انفسخ عقدهن وثبت عقد الأربع.ولو قصد الطلاق: فإن قلنا إن الكناية كالطلاق في الاختيار، ثبت عقد المطلقات ولم يطلقن، وإلاّ فلا.

ولو قال لواحدة:طلقتك، صح نكاحها وطلقت وكانت من الأربع.

قوله: (ولو رتب الاختيار ثبت عقد الأول واندفع نكاح البواقي).

المراد بترتيب الاختيار أن يختار واحدة بعد واحدة إلى آخرهن، وحكمه أن كل واحدة اختارها وهي صالحة لذلك صح اختيارها إلى أن يكملن أربعاً، وحينئذٍ فيندفع نكاح البواقي ويلغو اختيارهن.

قوله: (ولو قال لما زاد على أربع: اخترت فراقكن، انفسخ عقدهن ويثبت عقد الأربع، ولو قصد الطلاق: فإن قلنا الكناية كالطلاق في الاختيار ثبت عقد المطلقات ولم يطلقن، وإلاّ فلا).

لو كان له ثمان فقال لأربع منهن: اخترت فراقكن، انفسخ عقدهن وثبت عقد الأربع البواقي مع صلاحيتهن لذلك، ولو قصد بذلك الطلاق كان كناية؛ لأن الفراق ليس صريحاً في الطلاق، فيبنى على ما سبق من تنزل الكناية منزلة الطلاق في الاختيار.

فإن قلنا: إنها كالطلاق ثبت عقد المطلقات ولم يطلقن قطعاً؛ لأن الطلاق لا يقـع بالكنـاية عندنا، فيكون مفاد الكناية على هذا التقدير هو لازم الطلاق وهو الزوجية، وإن لم نقل بذلك كان اللفظ لاغياً.

قوله: (ولو قال لواحدة: طلقتك، صح نكاحها وكانت من الأربع).

لا ريب أنه اذا طلق واحدة من المذكورات يصح الطلاق ويكون ذلك اختيارا لها، فتكون واحدة من الأربع، فيختار من البواقي ثلاثاً أُخر، لكن لا يخفى أنه يشترط صلاحيتها للطلاق والاختيار.

وأما الفعل فكالوطء فلو وطأ أربعاً ثبت عقدهن واندفع البواقي، فإن وطأ الخامسة جاهلين فعليه مهر المثل.

بقي شيء وهو أن قول المصنف: طلقتك أن المراد ايقاع الطلاق بهذه الصيغة، فسيأتي إن شاء الله تعالى في الطلاق أن هذه الصيغة لا يقع بها الطلاق، وإن كان المؤاخذة بذلك على أنه اقرار والطلاق بصيغة اخرىٰ فهو حق.

ويمكن أن يريد بذلك تطليق واحدة في الجملة، والحوالة في الصيغة الشرعية على ما سيأتي.

قوله: (وأما الفعل فكالوطء، فلو وطأ أربعاً ثبت عقدهن واندفع البواقي، فإن كان وطأ الخامسة جاهلين فعليه مهر المثل).

حكى المصنف رحمه الله في التذكرة خلافاً في أن الوطء اختيار أم لا[1]، وصرح الشيخ المصنف وجماعة بأنه اختيار.

ويظهر من قوله بعد: (ولو وطأ أربعاً صح نكاحهن عندنا) عدم الخلاف في كونه اختياراً عندنا.

ووجه العمل بظاهر الحال، وهو أنه لا يطأ إلّا من يختار نكاحها، فإنه يدل على الرغبة فيها، ولظاهر حال المسلم وهو صيانته عن الزنا، ولهذا عد الوطء في بيع الأمة بشرط الخيار فسخاً للبيع.

وكذا الرجعة فإنها تحصل بالوطء عندنا، ولا استبعاد في كون الفعل اختياراً؛ لأنه استدامة في النكاح، ويغتفر في الاستدامة ما لا يغتفر في الابتداء.

فعلى هذا لو وطأ أربعاً ثبت عقدهن واندفع نكاح البواقي، فإن وطأ الخامسة: فإن كانا جاهلين فهو شبهة من الطرفين، ويكفي لثبوت مهر المثل بالوطء جهلها، ولا يعتبر جهلها كما تشعر به العبارة، ولو انتفى الجهل عن أحدهما فهوزان.

---

(١) التذكرة ٢: ٦٥٨.

وهل التقبيل أو اللمس بشهوة اختيار؟ اقربه ذلك، كما أنه رجعة. ولو تزوج بأُخت احداهن لم يصح، وهل يكون اختياراً لفسخ عقدها؟ اشكال.

قوله: (وهل التقبيل واللمس بشهوة اختيار؟ اشكال أقربه ذلك، كما أنه رجعة).

وجه القرب أن المعنى المقتضي لكون الوطء اختياراً قائم فيهما، فإنهما يدلان على الرغبة في الملموسة والمقبلة، لأن الأصل في فعل المسلم الصحة وصيانته عن ارتكاب المحرم، فيحمل على ارادة الاختيار كما في الرجعة، وليس ذلك قياساً، إذ ليس المراد الحمل عليها بل التشبيه والتنظير.

ويحتمل العدم؛ لأنهما قد يوجدان في الأجنبية، فإن دلالتهما أضعف من دلالة الوطء، وما قرّبه المصنف أقرب.

قوله: (ولو تزوج بأُخت احداهن لم يصح، وهل يكون اختياراً لفسخ عقدها؟ اشكال).

أي: لو أسلم على أزيد من أربع فعقد على أُخت احداهن، فهل يكون ذلك اختياراً لفسخ نكاح اختها؟ فيه اشكال ينشأ: من أن العقد على احدي الاختين أعم من الاختياروعدمه، ولا دلالة للعام على الخاص بشيء من الدلالات.

ومن أن العقد على احداهما مناف لنكاح الأُخرى، فيكون العقد على الأُخت دالاً على ارادة فسخ نكاح اختها؛ لتنافيهما وامتناع الجمع بينهما، وارادة أحد المتنافيين يقتضي نفي ارادة الآخر. وفيه نظر، إذ قد تحصل الغفلة عن المنافي الآخر مع ارادة منافيه فكيف يلزم ارادة نفيه.

ولأن الأصل في العقود الصحة، فإذا أوقع العقد على الأُخت وجب الحكم بصحته فيمتنع بقاء نكاح الأُخرى.

ولـو قال: حصـرت المختارات في ست، انحصرن، ولو لحقه أربع وتخلف أربع فعيّن الأوائل للنكاح صح.

ولـو عينهن للفسـخ لم يصح إن كان الأواخر وثنيات، وإلاّ صح، ويحتمل الوقف.

لا يقال: إنما يجوز العقد على الاخت مع نقص عددهن عن أربع وانما يجوز الفسخ مع الزيادة عليها فكيف يجتمعان.لانا نقول:يمكن العقد متعة.

لا يقال: شرط صحة العقد كون الاُخت ليست زوجة، فإذا عقد على الاخت لم يقع صحيحاً، إذ لم يصادف محلاً فيقع فاسداً، ولا يحصل به الاختيار.

لأنا نقول: لا تمتنع صحته وحصول الفسخ كما في بيع البائع ذا الخيار وبيع المدبر والموهوب من الواهب، حيث يجوز الرجوع في الهبة. وقد يتصور فرض المسألة فيمن انشأ العقد على الاُخت معتقداً صحته، قاصداً بذلك فسخ نكاح الاخرى.

وفي كونه فسخاً تأمل؛ لأنه بنفسه لا يقتضيه، والارادة وحدها لا أثر لها،وللتردد في ذلك مجال.

قوله: (ولو قال: حصرت المختارات في ست انحصرن).

هذا اذا عيّن الست، وإلاّ كان لغواً. ووجه الانحصار أن ذلك مستلزم لفسخ نكاح البواقي، ويصح الفسخ بما يدل عليه صريحاً وبما يستلزمه.

قوله: (ولو لحقه أربع وتخلف أربع فعيّن الأوائل للنكاح صح، ولو عينهن للفسخ لم يصح إن كان الأواخر وثنيات على الأصح، ويحتمل الوقف).

وجه صحة تعيين الأوائل للنكاح ظاهر، فإنهن مسلمات لا مانع من تعيينهن، وكذا لو عينهن للفسخ والأواخر كتابيات؛ لأن استدامة نكاح الكتابية جائز، وكذا اختيارهن على المسلمات على الأصح كما سبق.

ولو عين المتخلفات للفسخ صح، وللنكاح لا يصح، إلّا ان جوزنا

وأما اذا كان الأواخر وثنيات، فإن في تعيين الأوائل للفسخ وجهين:

أحدهما: البطلان؛ لأنه لو صح لوجب عليه أن يترتب عليه أثره، وهو بينونة المسلمات وبقاء نكاح الوثنيات.

والثاني: باطل قطعاً؛ فإن الوثنية يمتنع نكاحها للمسلم.

بيان الملازمة أن الفسخ إنما يقع لما زاد على أربع فنكاحهن لازم قطعاً، وليس بعد المسلمات إلّا الوثنيات، وفيه نظر؛ لأن الفسخ يجوز أن يقع مراعى، وتنكشف صحته باسلام الوثنيات في العدة، فيكون صحيحاً بحسب الواقع، يترتب عليه أثره وانكشافه عندنا بتحقق اسلامهن.

ولأن ظاهر قوله عليه السلام: «امسك اربعاً وفارق سائرهن»[1] يقتضي وقوع الفرقة في الحال، وهو ممتنع في الفرض المذكور؛ لأن امساك الوثنيات ممتنع. وفيه نظر؛ لأن الفرقة قد تحصل في الحال ويصح نكاح الوثنيات وينكشف باسلامهن في العدة.

والحاصل أن الفسخ كما يحتمل صحته وبطلانه على وجه الجزم، كذا يحتمل التوقف في الحكم بأحدهما؛ لخفاء الشرط وهاهنا كذلك، فإن شرط صحة الفسخ كون البواقي زوجات، كما أن شرط فساده انتفاء زوجيتهن وإنما يتبين بقاء زوجيتهن وانفساخها باسلامهن في العدة وعدمه، فوجب أن لا يحكم بأحد الأمرين إلى أن يحصل الكاشف، وهذا هو الوجه الثاني، وهو الذي أراد بقوله: (ويحتمل الوقف) وهو الأصح؛ لامتناع الحكم بأحدهما مع خفاء شرطه.

فإن قيل: الفسخ الواقع حينئذٍ متردد فيه فيمتنع صحته.

قلنا: لا تردد، إذ الأصل بقاء الزوجية، والمانع غير معلوم الحصول.

قوله: (ولو عين المتخلفات للفسخ صح، وللنكاح لا يصح إلّا اذا

---

(١) سنن البيهقي ٧:١٨١.

الوقف.

ولو أسلمت ثمان على الترتيب، فخاطب كل واحدة بالفسخ عند اسلامها تعيّن للفسخ الأربع المتأخرات، وعلى الوقف المتقدمات.

ويجب الاختيار وقت ثبوته، فإن امتنع حبس عليه، فإن أصر عزر.

جوزنا الوقف).

أي: لو عيّن في المسألة المذكورة المتخلفات للفسخ صح؛ لصحة نكاح الأوائل، بخلاف ما لو عينهن للنكاح فإنه لا يصح؛ لأنهن وثنيات، فلا يصح اختيار نكاحهن.

نعم لو جوزنا الوقف وهو وقوع التعيّن مراعى، لم يمتنع تعيينهن للنكاح، وتنكشف صحته وفساده بالاسلام وعدمه.

قوله: (ولو أسلم ثمان على الترتيب، فخاطب كل واحدة بالفسخ عند اسلامها، تعيّن للفسخ الأربع المتأخرات، وعلى الوقف المتقدمات).

وجه الأول أن فسخ الأربع الأُول وقع باطلاً؛ لامتناع اختيار الوثنيات، فسخ الأربع الأُخر.

ووجه الثاني: أن الفسخ للأول وقع مراعى وقد انكشف صحته باسلام الاخر، فتعين للنكاح المتأخرات.

قوله: (ويجب الاختيار وقت ثبوته، فإن امتنع حبس عليه، فإن أصر عزر).

لا ريب أنه متى ثبت للمكلف الاختيار بالنسبة إلى جميع الزوجات، اما بأن أسلم جميعهن، أو كن كتابيات، أو أسلم البعض والبعض الآخر كتابيات، وجب عليه الاختيار. والأصل فيه قوله صلّى الله عليه وآله لغيلان بن سلمة الثقفي: «أمسك أربعاً وفارق سائرهن»[1] والأمر للوجوب.

---

(١) سنن البيهقي ٧:١٨١.

فإن مات اعتدت كل واحدة بأبعد الأجلين، فالحائل بالأبعد من أربعة أشهر وعشرة أيام ومن ثلاثة اقراء، والحامل بالأبعد من أربعة أشهر وعشرة أيام ومن الوضع.

ولأنه لو لم يختر لكان متمسكاً بنكاح الجميع بعد الاسلام والثاني باطل فان المسلم كما لا يجوز له ان ينكح اكثر من اربع كذا لا يجوز له استدامة نكاحهن.

ولأن حق الاستمتاع ثابت للزوجات، وهو ممتنع قبل الاختيار، فإن امتنع حبسه الحاكم، فإن أصر أخرجه وعزره ويحذره بما يراه من الضرب وغيره، فإن فعل، وإلاّ رده إلى الحبس والضرب حتى يختار.

وكذا من وجب عليه دين حال، وكان له مال يعرف الحاكم به، وهو يسره وينكره ولا مال له سواه، فإن الحاكم يجبره على قضاء الدين، فإن فعل، وإلاّ حبسه، فإن فعل، وإلاّ أخرجه وعزره ولا يزال يخرجه ويعزره حتى يقضي الدين.

والمولي إذا امتنع من الفئة والطلاق يحبسه الحاكم كذلك، ولا يطلق عليه عندنا.

وذهب بعض الشافعية إلى أن المأمور بالاختيار إذا امتنع فحبس لا يعزر على الفور، فلعل عليه في التعيين فكر أو أقرب معتبر فيه مدة الاستتابة[1].

قوله: (فان مات اعتدت كل واحدة بأبعد الأجلين، فالحائل بالأبعد من أربعة أشهر وعشرة أيام ومن ثلاثة اقراء، والحامل بالأبعد من أربعة أشهر وعشرة ومن الوضع).

لو مات الزوج قبل التعيين وجبت العدة على الجميع؛ لأن الزوجات لا يتعين منهن وإن لم يكن دخل بهن، كما لو أسلم عن ثمان كتابيات وجب على كل منهن الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام؛ لأن كلاً منهن يحتمل زوجيتها.

وإن كان قد دخل بهن اعتددن بأبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق،

---

(١) انظر المجموع ١٧:٣٠٣.

ونوقف لهن الربع أو الثمن حتى يصطلحن، فإن طلبت احداهن منه شيئاً لم تعط.

ولو طلبت خمس دفع إليهن ربع النصيب، والست نصفه.

ولو كانت احداهن مولى عليها لم يكن لوليها أن يأخذ لها أقل من الثمن، ويحتمل القرعة والتشريك.

والحائل بالأبعد من أربعة أشهر وعشرة أيام ومن ثلاثة اقراء، والحامل بأبعد الأجلين من أربعة أشهر وعشرة أيام ومن الوضع، فأيها انقضت قبل أتمت الأخرى.

وإنما وجب ذلك؛ لتوقف يقين البراءة عليه، فإن كل واحدة يحتمل أن تكون مختارة ومفارقة، وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة عدة الطلاق.

اذا عرفت ذلك فاعلم أن ابتداء الأشهر من حين الوفاة قطعاً، وأما الاقراء فقد قال في التذكرة: يحتمل الاعتبار من وقت اسلامها إن اقترنا، ومن حين اسلام من سبق اسلامه إن تعاقبا فيه؛ لأن الاقراء إنما تجب لاحتمال أنها مفارقة قد انفسخ نكاحها، والانفساخ يحتمل من ذلك الوقت[1].

ولقائل أن يقول: إن الانفساخ إنما يحصل من حين المفارقة بالاختيار، ولم يتحقق ذلك، فيتعيّن أن يكون ابتداء عدته من حين الوفاة؛ لامتناع التأخر عنه وانتفاء ما يدل على التقديم عليه؛ لأن اسلامها أو اسلام الأسبق منها لا يقتضي المفارقة قطعاً.

قوله: (ويوقف لهن الربع أو الثمن حتى يصطلحن، فإن طلبت احداهن منه شيئاً لم تعط، ولو طلبت خمس دفع إليهن ربع النصيب والست نصفه، ولو كانت احداهن مولى عليها لم يكن لوليها أن يأخذ لها أقل من الثمن، ويحتمل القرعة والتشريك).

---

(١) التذكرة ٢: ٦٦٠.

. . . .

اذا مات الزوج بعد اسلامه واسلام الزوجات الثمان وقبل الاختيار، ففي استحقاق الزوجات من الارث احتمالات ثلاثة ذكرها المصنف:

أحدها: أن يوقف لهن نصيب الزوجية، وهو الربع مع عدم الولد والثمن معه حتى يصطلحن؛ لأن الحق منحصر فيهن، ولا طريق إلى معرفة المستحق، ولا يتوقع حصوله ولا أولوية لبعض على بعض. ويظهر من المصنف اختيار هذا الاحتمال، ويتفرع على هذا الاحتمال أمران:

أ: أن احداهن لو طلبت من النصيب شيئاً لم يدفع اليها شيء؛ لانتفاء تعيين الاستحقاق، لامكان أن لا تكون زوجة، وكذا لو طلبت اثنتان أو ثلاث أو أربع.

أما لو طلبت خمس، فإنه يدفع اليهن ربع النصيب، وهو ربع الربع او ربع الثمن؛ لأن فيهن واحدة زوجة قطعاً. والست نصفه والسبع ثلاثة أرباعه لمثل ذلك.

ب: لو كانت احداهن مولى عليها، كما لو كانت صغيرة أو مجنونة، ففي القدر الذي يتعيّن على وليها الصلح به فما زاد احتمالان:

أحدهما: ربع النصيب، فلا يجوز له الرضى بما دونه؛ لوجوب الاحتياط في تصرف الولي.

وأصحهما عند المصنف أنه يجوز النقص عن الربع؛ لعدم تعيّن زوجيتها، ولا يجوز النقص عن الثمن، لكون النصيب موقوفاً بين الثمان، فكل واحدة صاحبة ثمن.

ولقائل أن يقول: إنه لو علم الولي أنه إذا لم يصالح على الأقل فات حظها من النصيب تعيّن القول بجواز الصلح حينئذٍ.

ويمكن الجواب بأن أخذ الأقل ظاهر، وإن كان على جهةالصلحلا يكون لازماً بحيث يسقط حقها من تتمة الثمن، فللولي ولها بعدالكمال المطالبة بالتتمة، وعلى هذا فمختار المصنف هو المفتى به.

الاحتمال الثاني: القرعة؛ لأنه أمر مشكل، وقد ورد عنهم عليهم السلام: «في

. . . .

كل أمر مشكل القرعة».

الاحتمال الثالث: التشريك فيقسم بينهن على التساوي؛ لانحصار الحق فيهن، والبيان غير متوقع، وهن جميعاً معترفات بأن الاشكال ثبت في الجميع، ولا مزية لبعض على بعض آخر في الظاهر ولا في الواقع؛ لأن المقتضي لزوجية بعض هو الاختيار، وبدونه فجميعهن سواء في ذلك، وهذان الاحتمالان ضعيفان.

أما القرعة؛ فلأنها إنما تجري في الأمور المشتبهة ظاهراً مع التعين في نفس الأمر، كما لو اشتبه مستحق المال من الشخصين، فإن احدهما مالك بحسب نفس الأمر دون الآخر، فينكشف ما في نفس الأمر بالقرعة.

وكما لو حلف ليطلقن زينب إن كان هذا الطائر غراباً، وعمرة إن لم يكن، فإن اليمين واقع بالنسبة إلى احداهما بعينها، والاشتباه إنما هو عندنا دون الله سبحانه فإنه يعلم حال الطائر، بخلاف ما نحن فيه؛ لانتفاء تعيّن الزوجات في نفس الأمر، لأن ثبوت الزوجية لبعض دون بعض إنما يكون بالاختيار، والله تعالى يعلم الأشياء على ما هي عليه، والمعيّن في نفسه يعلمه معيناً، والمبهم في نفسه يعلمه مبهماً.

فإن قيل: إنه تعالى يعلم من كان يختار على تقدير الاختيار.

قلنا: المقتضي للزوجية الموجبة للارث هو الاختيار لبعض، وذلك منتف فينتفي أثره، كما أنه لو أراد زيد نقل ملكه إلى عمرو، وعلم الله تعالى أنه لو بقي لنقله فإن ذلك لا يثمر ملكاً لعمرو ولا انتقالا عن زيد.

واما التشريك فلاستلزامه اعطاء من لا حق لها وتوريث من ليست بزوجة، بخلاف ما لو تعارضت الدعويان، فإن اشتراك المدعيين غير معلوم الانتفاء، بخلاف ما نحن فيه، فالأقرب الأول.

ومما قررناه علم أن قوله: (ويحتمل القرعة والتشريك) أي:ويحتمل التشريك، عديلان لقوله: (يوقف لهن الربع أو الثمن).

ولو كان فيهن وارثات وغير وارثات فلا ايقاف، كما لو كان معه اربع وثنيات وأربع كتابيات فأسلم الوثنيات ثم مات، وكذا لو كن كتابيات فأسلم معه أربع ومات.

قوله: (ولو كان فيهن وارثات وغير وارثات فلا ايقاف، كما لو كان معـه أربع وثنيات وأربع كتابيات فأسلم الوثنيات ثم مات، وكذا لو كن كتابيات فأسلم معه أربع ومات).

ما مضى حكم ما اذا قطع باستحقاق الزوجات للميراث، فأما إذا كان كل من الأمرين محتملاً على حد سواء، كما اذا أسلم على أربع كتابيات وأربع وثنيات فأسلم الوثنيات، أو أسلم على ثمان كتابيات فأسلم منهن أربع ثم مات قبل الاختيار، فإن في وجوب ايقاف النصيب هنا وجهين:

الأول: وهو مقرب التذكرة: أنه يوقف؛ لأنا لا نعطي الورثة إلاّ ما نعلم أنه لهم، ويوقف مع الشك كما يوقف الميراث إذا كان هناك حمل، واستحقاق سائر الورثة قدر نصيب الزوجات غير معلوم، والشك في أصل الاستحقاق لا يمنع الوقف كمسائل الحمل .

والثاني: وهو مختاره هنا: أنه لا يوقف للزوجات بشيء؛ لأن ارثهن غير معلوم، لجواز أن يكون الزوجات الكتابيات ولا يرث الكافر المسلم.

ويضعّف بأن الايقاف لا ينافيه الشك في الاستحقاق كما في الحمل، فإن قلنا بالأول لم يدفع إلى المسلمات نصيب الزوجية حتى يصطلحن مع باقي الورثة، للشك في أصل ارث الزوجات.

والقول بالايقاف قريب؛ لأن نصيب الزوجية دائر بين المسلمات وسائر الورثة.

ولا ترجيح لبعض على بعض، ولا أصل لواحد من الفريقين بخصوصه يرجع اليه، فالحكم بصرفه إلى الورثة دونهن تحكم وترجيح بلا مرجح.

ولو أسلم الكتابيات بعد الموت قبل القسمة فالأقرب ايقاف الحصة. ولو أسلمت واحدة فالموقف كمال الحصة،

قوله: (ولو أسلم الكتابيات بعد الموت قبل القسمة فالأقرب ايقاف الحصة).

هذا بناء على عدم ايقاف شيء على تقدير أن يكون أربع كتابيات، وتحقيقه أنه لو أسلم الكتابيات الأربع بعد الموت قبل قسمة التركة فالأقرب ايقاف حصة الزوجات حينئذٍ.

ووجه القرب أن الكافر إذا أسلم على ميراث قبل القسمة ورث، فباسلام الكتابيات قبل القسمة ساوين المسلمات في استحقاق الارث، فيقطع بأن نصيب الزوجة لا يستحقه باقي الورثة فيتعين ايقافه.

ويحتمل ضعيفاً العدم؛ لأن الاسلام قبل القسمة إنما يثمر الارث في غير الزوجة؛ لأن ارث الزوجة منوط بزوجيتها واسلامها معاً، وفي محل النزاع الاسلام منتف عند الموت والزوجية منتفية بعده.

بخلاف غير الزوجية من أسباب الارث، فإن وصف القرابة لا ينتفي بالموت وليس بشيء؛ لأن الزوجية ثابتة بعد الموت، للاستصحاب ولثبوت أحكامها. ومن ثم جاز التغسيل ولم يحرم النظر، وقدّم الزوج على باقي الورثة في أحكام الزوجية كلها، والأقرب ما قربه المصنف.

قوله: (ولو أسلمت واحدة فالموقف كمال الحصة).

أي: لو أسلمت واحدة من الأربع في الصورة السابقة فالموقف كمال الحصة، بناء على الايقاف في الصورة المتقدمة.

ووجهه أنه لو أسلمت واحدة والزوجات أربع كتابيات، استحقت كمال نصيب الزوجية، فيكون الاشتباه في نصيب الزوجية من حيث ان الاستحقاق دائر بين الأربع المسلمات، وبين ثلاث مع التي أسلمت بعد الموت، وبين كل واحدة من الخمس؛ لامكان

وكذا لو كان معه كتابية ومسلمة وقال: احداكما طالق ومات قبل التعيين.

المطلب الخامس: في النفقة، اذا أسلم وأسلمن وجب نفقة الجميع، حتى يختار أربعاً فتسقط نفقة البواقي. وكذا لو كن كتابيات وجبت النفقة وإن لم يسلمن، وكذا لو أسلمن أو بعضهن قبله وهو على كفره وإن انتفى التمكين من الاستمتاع.

كونها المختارة مع الثلاث الكتابيات.

قوله: (وكذا لو كان معه كتابية ومسلمة وقال: احديكما طالق ومات قبل التعيين).

أي: وكذا لا ايقاف لو كان مع الزوج الذي أسلم كتابية ومسلمة، وطلق احديها من غير تعيين، وقلنا بصحة هذا الطلاق، ثم تعيين من شاء ومات قبل التعيين، فإنه يحتمل أن تكون المطلقة المسلمة والكتابية لا يرث، فلا يوقف بشيء للزوجة للشك في سبب الارث، وهذا أحد الوجهين على ما عرفت.

وعلى الوجه الثاني يجب الايقاف؛ للشك في استحقاق باقي الورثة النصيب، كما شككنا في استحقاق الزوجة إياه فامتنع الترجيح، فعلى هذا لابد من اعتبار الصلح بين الزوجتين وباقي الورثة إن قلنا بالايقاف إلى الصلح في المسألة المذكورة أولاً، وسيأتي إن شاء الله تعالى في الطلاق أن مثل هذا التطليق لا يجوز.

فقول المصنف: (وكذا لو كان معه كتابيات) اشارة إلى قوله سابقاً: (ولو كان فيهن وارثات وغير وارثات فلا ايقاف).

قوله: (المطلب الخامس: في النفقة: اذا أسلم واسلمن وجب نفقة الجميع حتى يختار أربعاً فتسقط نفقة البواقي، وكذا لو كن كتابيات وجبت النفقة وإن لم يسلمن. وكذا لو أسلمن أو بعضهن قبله وهو على كفره وإن انتفى التمكين من الاستمتاع.

ويشترط عدم النشوز فيما له السلطنة فيه كالسكنى، وحل نذرها موقوف.

ويشترط عدم النشوز فيما له السلطنة فيه كالسكنى).

لا ريب أنه إذا أسلم الزوج الكافر وأسلمت الزوجات وهن اكثر من النصاب يجب عليه نفقة الجميع؛ استصحابا للوجوب قبل الاسلام ولم يوجد ناقل عنه، ولأنهن محبوسات لأجله وتحت حجره إلى زمان الاختيار، فإن اختار أربعاً اندفع نكاح البواقي وسقطت نفقتهن.

وكذا لو كن جميعاً كتابيات ولم يسلمن، وكذا لو أسلمن أو بعضهن قبله وهو على كفره، وإن انتفى التمكين من الاستمتاع في هذه الصورة كلها؛ لأن المانع من قبله بترك الاختيار في الأُولتين، وبترك الاسلام والاختيار في الأخيرة.

ولأن المنع قبل الاختيار شرعي، فهو كالمنع من الاستمتاع في حال الاحرام، لكن يشترط عدم النشوز فيما للزوج السلطنة فيه، كالسكنى في مكان مخصوص لائق بحال المرأة، وعدم الخروج من المسكن من دون اذنه؛ لأن لذلك دخلاً في التمكين، ولا يلزم من سقوط التمكين في الاستمتاع سقوط ما عداه. ولأن كل واحدة في كل زمان معرضة لأن تكون زوجة بأن يختارها، فلابد من أن يكون الاستمتاع من قبلها لا مانع منه من جهة المسكن، وغيره من الأُمور التي لها تعلق بالاستمتاع كازالة المنفر وما جرى هذا المجرى.

قوله: (وحل نذرها موقوف).

أي: وحل نذر احدى الزوجات للاختيار موقوف، أي: موقوف على اختياره اياها، فلو اختار من عداها كان نذرها لازماً. وهذا واضح، اذا قلنا بأن نذر الزوجة ينعقد وللزوج الحل، إذ لا مقتضى للحل حينئذٍ؛ لزوال الزوجية.

ولو قلنا بعدم انعقاده من رأس أمكن القول بعدم الانعقاد حينئذٍ؛ لأنها زوجة، وإنما تندفع زوجيتها بالاختيار.

ولو لم يدفع النفقة كان لهن المطالبة بها عن الحاضر والماضي، سواء أسلم أو لا.

ولو أسلم دون الوثنيات لم يكن لهن نفقة؛ لأن تفويت الاستمتاع منهن.

ولو تداعيا السبق إلى الاسلام قدّم قول الزوج؛ لأصالة براءته.

واعلم أن الضمير في: (نذرها) لا مرجع له في اللفظ لكنه ظاهر.

قوله: (ولو لم يدفع النفقة كان لهن المطالبة بها عن الحاضر والماضي، سواء أسلم أو لا).

وذلك لأن هذه النفقة نفقة زوجية لا تسقط بالفوات، بل هي دين لازم لهن المطالبة به كنفقة سائر الزوجات.

قوله: (ولو أسلم دون الوثنيات لم يكن لهن نفقة؛ لأن تفويت الاستمتاع منهن).

هذا هو أصح الوجهين، وقوّاه الشيخ[1]، وإنما كان تفويت الاستمتاع منهن؛ لأنهن مسببات بالتخلف عن الاسلام وهو فرض عليهن، فأشبه ما إذا سافر الزوج وأراد مساعدتها فتخلفت، ولأنهن منعن انفسهن بمعصية، أو منعها بمعنى لا يمكنه تلافيه كما لو نشزت.

والاخر لهن النفقة إذا أسلمن في العدة؛ لظهور أنهن قد كن زوجات، ولم يحدثن شيئاً، والزوج هو الذي بدل الدين وهو ضعيف؛ لأن تخلفها عن الاتيان بالاسلام مع وجوبه هو المقتضي لمنع الاستمتاع، وذلك نشوز، ومثله ما لو لم تغتسل من الحيض إن شرطنا الوطء بالغسل.

قوله: (ولو تداعيا السبق إلى الاسلام قدم قول الزوج؛ لأصالة البراءة).

---

(١) المبسوط ٤: ٢٣٤.

ولو ادعى السبق بالاسلام قبل الوطء فالقول قولها؛ لأن الأصل بقاء المهر.

هذا تفريع على الوجه الأصح، وتحقيقه إنه لو تداعى الزوجان السبق إلى الاسلام، فادعته الزوجة لتبقى نفقتها، وادعاه الزوج لتنتفي، فإن القول قول الزوج بيمينه؛ لأن النفقة إنما تجب يوماً فيوماً، وكل يوم تجب عند صلاة الغداة، والاختلاف حينئذٍ في أصل الوجوب والزوج ينكره، فيكون الأصل معه والزوجة تدعي خلاف الأصل فعليها البينة.

ويحتمل أن القول قولها؛ لأن النفقة كانت واجبة، والأصل البقاء، والزوج يدعي المسقط، وكان كما لو ادعى عليها النشوز فأنكرت بعد تحقق التمكين.

ويمكن الفرق بأنه مع تحقق التمكين لا شبهة في أن من يدعي النشوز مدع، بخلاف ما إذا تحقق المانع من الاستمتاع، وهو بقاء أحدهما على الكفر فإنه لا تمكين حينئذٍ فإذا ادعت معه كونها غير ناشزة لم يقبل منها إلّا بالبينة، وهذا إذا اتفقا على تقدم اسلام أحدهما واضح.

أما اذا اختلفا في التقدم والتقارن فإنه يبنى على تقديم الأصل أو الظاهر فيما سيأتي، فإن قدمنا الظاهر فلا نفقة على ما سبق، وإن قدمنا الأصل فالنفقة كما كانت.

قوله: (ولو ادعى السبق بالاسلام قبل الوطء فالقول قولها؛ لأن الأصل بقاء المهر).

أي: لو كان اختلاف الزوجين بعد تحقق اسلامهما أيهما سبقت بالاسلام قبل الدخول فلا مهر لها، وأنكرت هي ذلك وادعت بقاء المهر، فإن القول قولها بيمينها، لأن المهر معلوم الثبوت، فمدعي المسقط مطالب بالبينة. وليس هذا كما لو اختلفا في السبق بالنسبة إلى النفقة؛ لأن عدم التمكين هناك متحقق.

وكونه غير مؤثر غير معلوم، فمتى ادعى عدم تأثيره طولب بالبينة، ولا فرق

ولو قالت: أسلمنا معاً فالنكاح باق، قدّم قوله؛ لندور التقارن في الاسلام على اشكال.

في ذلك بين أن تكون الزوجة وثنية أو كتابية.

وكذا الزوج، فإن اسلام الزوجة أولاً قبل الدخول يقتضي الفسخ، وسقوط المهر على كل تقدير على ما سبق.

ولو قالا: سبق إسلام احدنا الآخر ولا نعلم السابق، انفسخ النكاح باتفاقهما على السبق المقتضي له. كذا ذكره المصنف في التذكرة[1]، ويجب أن يقيّد بكون الزوجة وثنية؛ لأنها لو كانت كتابية لأمكن تقدم اسلامه، فيبقى النكاح على ما تقدم.

ثم المهر إن كانت المرأة لم تقبض منه شيئاً لم يكن لها المطالبة به؛ لجواز أن تكون هي السابقة، فيكون قد سقط مهرها فيقف حتى تعلم. وإن كانت قد قبضته فلها المطالبة بنصفه؛ لأنه لا يستحق ذلك على كل من تقديري تقدم اسلامها واسلامه، ويقف النصف الآخر إلى أن يعلم الحال، وهذا إنما هو اذا لم يوجب مع تقدم اسلامه قبل الدخول إلّا نصف المهر.

أما إذا أوجبنا الجميع ـ كما سبق في نظائره في الرضاع ـ فليس له المطالبة بشيء.

قوله: (ولو قالت: أسلمنا معاً فالنكاح باق قدّم قوله لندور التقارن في الاسلام على اشكال).

ما سبق اختلافهما في التقدم؛ لبقاء المهر وعدمه، والاختلاف هنا في التقدم لبقاء النكاح وعدمه.

وتصويره أنه اذا قالت الزوجة أو الزوج: أسلمنا معاً قبل الدخول فالنكاح باق، وقال الآخر: بل تقدّم اسلام أحدنا وكانت الزوجة وثنية، أو اسلام الزوجة إن

---

(١) التذكرة ٢:٦٥٩.

ولو قال: أسلمت بعد اسلامي بشهرين، فقالت: بل بشهر، أو قال: أسلمت بعد العدة، فقالت: بل فيها، قدّم قوله.

كانت كتابية فقد انفسخ النكاح، قدّم قول مدعي التقدم الموجب للفسخ، وقد فرضه المصنف الزوج على اشكال ينشأ: من تعارض الأصل والظاهر، فإن الأصل بقاء النكاح وعدم تجدد المفسد.

والظاهر عدم التقارن؛ لأن اتفاق ذلك عزيز نادر، فيقدّم قول نافيه كما يقدّم قول صاحب اليد وتعارض الأصل والظاهر.

والبحث في ترجيح أيهما على الآخر أصل معروف بين الفقهاء تبنى عليه من المسائل ما لا يكاد يتناهى، وسيأتي إن شاء الله تعالى في باب القضاء ماله مزيد بحث، والأكثر على ترجيح الظاهر.

وقد يحتج له بأن الظاهر ناقل فيقدّم على الأصل؛ لأنه مقرر، وبأن صاحب اليد مقدّم وهو من قبيل الظاهر، فاعتباره يشعر بقوة جانب الظاهر في نظر الشارع.

وربما احتج على ترجيح الأصل بأنهما لو اختلفا في السابق إلى الاسلام قبل الدخول قدّم قول المرأة في بقاء المهر عملاً بأصالة بقائه. وجوابه ظاهر، فإن أصالة بقاء المهر لا يعارضها ظاهر، بخلاف ما هنا، فعلى هذا ترجيح الظاهر أقوى.

قوله: (ولو قال: أسلمتِ بعد اسلامي بشهرين، فقالت: بل بشهر أو قال: أسلمت بعد العدة، فقالت: بل فيها، قدّم قوله).

وجه تقديم قوله أما في الأولى؛ فلأن الأصل براءة ذمته من النفقة مدة الشهر المختلف فيه، والأصل عدم تقدم اسلامها على الوجه الذي يدعيه.

وأما في الثانية؛ فلأن اسلامها في العدة يقتضي استحقاق النفقة؛ لبقاء النكاح، والأصل عدمه، وكذا الأصل عدم تقدّم الاسلام على انقضاء العدة.

فإن قيل: تأخر اسلامها عن العدة يقتضي زوال النكاح، والأصل بقاؤه.

قلنا: بعد أن تحقق اختلاف الدين وانقضاء العدة المقتضي لفسخ النكاح،

ولا يعد الفسخ في الطلقات وإن ساواه في المهر، فلو أسلم الوثني قبل الدخول وجب نصف المسمّى إن كان مباحاً، وإلّا نصف مهر المثل، ويحتمل المتعة، ولو لم يسم مهراً فلها المتعة.

وان كان بعده وجب المسمى أو مهر المثل على التفصيل.

وشك في المانع وهو اسلامها قبل الانقضاء، لم يبق الأصل المذكور فلا يكون متمسكاً.

ولو انعكس الفرض فادعى اسلامه في العدة بعد أن تقدّم اسلامها، وادعت كونه بعدها، فالظاهر عدم الفرق، فيكون القول قولها.

قوله: (ولا يعد الفسخ في الطلقات وإن ساواه في المهر).

وذلك لأن عدة الطلقات يقتضي تحريمها بطلقتين معه، وذلك تشريع يتوقف على توقيف الشارع، والمهر إنما وجب بالعقد لا بالفسخ، فلا يلزم من وجوب المهر أو نصفه مع الفسخ كالطلاق مساواته للطلاق في باقي الأحكام.

قوله: (فلو أسلم الوثني قبل الدخول وجب نصف المسمى إن كان مباحاً، وإلّا نصف مهر المثل، ويحتمل المتعة. ولو لم يسمّ مهراً فلها المتعة، وإن كان بعده وجب المسمى أو مهر المثل على التفصيل).

لما ذكر أن الفسخ بالاسلام يساوي الطلاق في المهر، ولم يكن ذلك على اطلاقه، وإنما هو اذا كان بعد الدخول أو قبله إذا كان من قبل الزوج بين حكمه.

ولا ريب أن الوثني إذا أسلم قبل الدخول أو الكتابي انفسخ النكاح اذا كانت الزوجة وثنية على ما سبق، وحينئذٍ فإن كان المهر المسمّى مباحاً وجب نصفه؛ لأنه فرقة قبل الدخول، فكان موجباً لتنصيف المهر كالطلاق.

ويشكل بأن المهر يجب كله بالعقد على أصح القولين كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وتشطره بالطلاق ثبت بالنص والاجماع، والحاق غيره به قياس، وقد سبق في الرضاع أن الفسخ الحاصل به يجب معه جميع المهر، وهو المتجه هنا.

ولو اسلمت قبل الدخول سقط وبعده لها المسمى.

ويحتمل وجوب المتعة؛ لبطلان المسمّى فصار كالتفويض، وضعفه ظاهر. هذا إذا كان المهر مباحاً، فإن كان محرماً في شرع الاسلام كالخمر والخنزير وجب نصف مهر المثل، بناء على بطلان المسمى، والرجوع إلى مهر المثل إن لم يكن قبضت منه شيئاً، وإلاّ فبالنسبة.

وقد تقدم في كلام المصنف أول الباب أن الأقرب وجوب القيمة عند مستحليه وانه الأصح، فعلى هذا تجب إما القيمة أو نصفها.

أما لو لم يسمّ مهراً بل كانت مفوضة فلا بحث في وجوب المتعة، وإن أسلم بعد الدخول وجب المسمّى إن كان مباحاً؛ لاستقراره بالدخول، فلا يسقط بما يطرأ وإن كان غير مباح وجب مهر المثل إن لم يكن قد قبضت منه شيئاً.

فإن كانت قد قبضت الجميع برىء منه، وإن قبضت البعض برىء منه ووجب من مهر المثل بنسبة الباقي على ما سبق بيانه مفصلاً، وإلى ذلك أشار المصنف بقوله: (على التفصيل) فإنه يريد التفصيل الذي سبق في أول الباب.

وذكر الشارح الفاضل أن المراد بالتفصيل تقسيم الحال إلى كون الاسلام بعد قبض المهر كله محللاً أو محرماً، أو بعد قبض البعض خاصة، أو قبل قبض شيء منه، والظاهر أنه أعم من ذلك.

ومن لحظ الكلام السابق في أول الباب علم بأدنى تأمل ما قلناه، وعلى المختار فالواجب إنما هو مجموع القيمة إن لم تكن قبضت شيئاً من المحرم، وإلاّ فبالنسبة.

قوله: (ولو أسلمت قبل الدخول سقط، وبعده لها المسمّى).

أي: اذا سبق اسلام المرأة قبل الدخول سقط المسمّى وينفسخ النكاح، وإنما يسقط مع كونها محصنة بالاسلام وهي مأمورة به؛ لأن الفسخ جاء من قبلها، والمهر عوض، فيسقط بتفويت العاقد والمعقود عليه، وإن كان معذوراً كما لو باع طعاماً ثم كله وهو مضطر إليه، بخلاف ما لو كان الاسلام بعد الدخول، فإن المسمّى بحاله؛

ولـو اعـترفا بالسبق ولو يعلم ايها السابق قبل الدخول لم يكن للمرأة المطالبة بشيء من المهر ان لم تقبض وان قبضته فللزوج المطالبة بنصفه خاصة ثم يوقف على التقديرين حتى يتبين،

لاستقراره بالدخول.

قوله: (ولو اعتـرفا بالسبق ولم يعلم أيها السابق قبل الدخول، لم يكن للمـرأة المـطالبة بشيء من المهر إن لم يقبض، فإن قبضته فللزوج المطالبة بنصفه خاصة، ثم يوقف على التقديرين حتى يتبين).

أي: لو اعـترف الزوجان وتصادقا بعد اسلامها على أن أحدهما سبق إلى الاسلام، وقالا: لا نعلم السابق بعينه، وكان ذلك قبل الدخول. ولابد من التقييد بكون الزوجة وثنية، إذ لو كانت كتابية لبقي النكاح لو كان المسلم الزوج، وحينئذٍ فإن النكاح ينفسخ؛ لاتفاقهما على ما يقتضي فسخه.

ثم المهر إن كانت المرأة لم تقبض منه شيئاً لم يكن لها المطالبة به؛ لجواز أن تكون هي السابقة، فيكون قد سقط مهرها فيقف حتى يعلم.

لا يقال: ثبوت المهر بالنكاح متحقق، والأصل بقاؤه، والمسقط تقدم اسلامها، وهو غير معلوم فيتمسك بالأصل.

لأنا نقول: لما طرأ فسخ النكاح المستند إلى تقدم اسلام احدهما، وأمكن كون المتقدم المرأة، لم يبق الأصل، كما كان لتكافؤ احتمال كون السابق الرجل أو المرأة. وفيه نظر؛ فإن الماء القليل لا يجب اجتنابه لو علم وقوع شيء فيه واحتمل كونه نجاسة.

وإن كان قد قبضته فله المطالبة بنصفه؛ لأنه يستحق ذلك على كل من تقديري تقـدم اسـلامها واسلامه، بناء على تشطره بالفسخ بالاسلام قبل الدخول، ويقف النصف الآخر إلى أن يعلم الحال، للشك في سبب المطالبة وهو تقدم اسلامها، إذ يجوز أن يكون المتقدم اسلامه.

وروي ان اباق العبد طلاق زوجته وانه بمنزلة الارتداد فان رجع في العدة فهو املك بها وان عاد وقد تزوجت بعد العدة فلا سبيل عليها والطريق ضعيف.

ولو أوجبنا الجميع ـ كما سبق في نظائر ذلك في الرضاع ـ فليس له المطالبة بشيء، وأراد المصنف بالتقديرين في قوله: (توقف على التقديرين حتى يتبين) تقدير عدم قبضها، وتقدير قبضها إياه، أي: بعد الحكم بعدم المطالبة في الصورة الأُولى، وبرجوع الزوج بالنصف خاصة في الثانية.

وابقاء النصف الآخر عندها لا يحكم بعدم استحقاقها أصلاً، وبراءة الزوج في الصورة الأُولى واستحقاقها النصف في الثانية، بل يتوقف في ذلك للشك في المقتضي للاستحقاق وعدمه إلى أن يتبين الحال.

قوله: (وروي أن اباق العبد طلاق زوجته، وأنه بمنزلة الارتداد، فإن رجع في العدة فهو أملك بها، وإن عاد وقد تزوجت بعد العدة فلا سبيل عليها، والطريق ضعيف).

هذه رواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأة فتزوجها، ثم ان العبد أبق قال: «ليس لها على مولاه نفقة وقد بانت عصمتها منه، فإن اباق العبد طلاق امرأته، وهو بمنزلة المرتد عن الاسلام»، قلت: فإن رجع إلى مواليه ترجع عليه امرأته؟»، قال: إن كانت قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره فلا سبيل له عليها وإن لم تتزوج ولم ينقض العدة فهي امرأته على النكاح الاول»[1].

وقد افتى بمضمونها الشيخ في المبسوط[2]، وكذا ابن حمزة، إلا أنه فرض

---

(١) الفقيه ٣: ٢٨٨ حديث ١٣٧٢، التهذيب ٨: ٢٠٧ حديث ٧٣١.

(٢) النهاية: ٤٩٨.

خاتمة: يكره العقد على القابلة المربية وبنتها، وتزويج ابنه بنت امرأته اذا ولدتها بعد مفارقته، ولا يكره قبل نكاحه بها. والتزويج بضرة الأُم مع غير الأب، وبالزانية قبل أن تتوب، ولو لم يعلم لم يكن له الفسخ ولا الرجوع على وليها بشيء.

المسألة فيما اذا تزوج العبد بأمة الغير باذن السيدين[1].

وذهب ابن ادريس إلى بقاء النكاح وثبوت النفقة على السيد كما كانت، تمسكاً بأصالة البقاء واستضعافاً للرواية، فإن عمار فطحي لا يعوّل على ما ينفرد به[2]، وإليه ذهب المصنف في المختلف[3]، واشار إليه هنا بقوله: (والطريق ضعيف).

قوله: (خاتمة: يكره العقد على القابلة المربية وبنتها، وتزويج ابنه بنت امرأته إذا ولدتها بعد مفارقته، ولا يكره قبل نكاحه بها، والتزويج بضرة الأُم مع غير الأب، وبالزانية قبل أن تتوب، ولو لم يعلم لم يكن له الفسخ ولا الرجوع على وليها بشيء).

هنا مسائل:

الأُولى: المشهور بين الأصحاب أن العقد على القابلة المربية وعلى ابنتها من الولد الذي ربته جائز على كراهية[4]، ومنعه الصدوق في المقنع وجعلها كبعض امهاته[5]، وفي الحديث: «إن قَبَلَتْ ومرَّت فالقوابل أكثر من ذلك، فإن قَبِلَتْ وربّت

الوسيلة: ٣٦٢.

(٢) السرائر: ٣١٦.

(٣) المختلف: ٥٧٤.

(٤) انظر: التنقيح الرائع ٣: ١١٥، المختصر النافع: ١٨١، اللمعة الدمشقية: ١٩٣.

(٥) المقنع: ١٠٩.

. . . .

حرمت عليه»[1] والأصح الأول.

لنا على الحل التمسك بالأصل، ولصحيحة محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه قال: قلت له: يتزوج الرجل التي قبّلته؟ فقال: «سبحان الله ما حرم الله عليه من ذلك»[2].

احتج ابن بابويه برواية أبي نصر عن الصادق عليه السلام قال: «لا تتزوج المرأة التي قبّلته ولا ابنتها»[3].

وبرواية جابر عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن القابلة أيحل للمولود أن ينكحها؟ قال: «لا، ولا ابنتها، هي من بعض امهاته»[4].

والجواب الطعن بالسند أولاً، ثم الحمل على الكراهية؛ لما رواه ابراهيم بن عبد الحميد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن القابلة تقبّل الرجل أله أن يتزوجها فقال: «إن كان قبلته المرة والمرتين والثلاث فلا بأس، وإن كانت قد قبّلته وكفلته فاني أنهى نفسي عنها وولدي»[5]، وفي خبر آخر «وصديقي»[6] فإن ظاهره الكراهية.

الثانية: يكره أن يتزوج بضرة امرأة أبيه من غير الأب إذا ولدتها بعد مفارقة الأب، ولا تحرم؛ لرواية العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يطلق امرأته ثم حلف عليها رجل بعده، ثم ولدت للآخر، هل يحل ولدها

---

(١) الكافي ٤٤٨:٥ ذيل حديث ٢، الفقيه ٢٥٩:٣ حديث ١٢٣٢.

(٢) التهذيب ٤٥٥:٧ حديث ١٨٢١، الاستبصار ١٧٦:٣ حديث ٦٣٧.

(٣) التهذيب ٤٥٥:٧ حديث ١٨٢٢، الاستبصار ١٧٦:٣ حديث ٦٣٨.

(٤) الفقيه ٢٥٩:٣ حديث ١٢٣١، التهذيب ٤٥٥:٧ حديث ١٨٢٣، الاستبصار ١٧٦:٣ حديث ٦٣٩.

(٥) التهذيب ٤٥٥:٧ حديث ١٨٢٤، الاستبصار ١٧٦:٣ حديث ٦٤٠.

(٦) التهذيب ٤٥٦:٧ حديث ١٨٢٥، الاستبصار ١٧٦:٣ ذيل لحديث ٦٤٠.

. . . .

من الآخر لولد الأول من غيرها؟ قال: «نعم».

قال: وسألته عن رجل أعتق سرية له ثم خلف عليها رجل بعده، ثم ولدت للآخر، هل يحل ولدها لولد الذي اعتقها؟ قال: «نعم»[1]، وهو شامل لما اذا كان ولد كل منهما ذكراً أو أنثى.

ولو قال المصنف: وتزويج ولده بولد منكوحة له، لكان أشمل وأوفق للرواية.

ووجه الكراهية ما رواه اسماعيل بن همام قال: قال: أبو الحسن: قال محمد بن علي عليه السلام: في الرجل يتزوج المرأة ويتزوج بنتها ابنه فيفارقها ويتزوجها آخر بعد فتلد منه بنتاً فكره أن يتزوجها أحد من ولده لأنها كانت امرأته فطلقها فصار بمنزلة الأب وكان قبل ذلك أباً لها.

ويلوح من ظاهر خبرين[2] آخرين المنع من تزويج الولد بمن ولدت بعد المفارقة، وهما منزلان على الكراهية كما دل عليه هذا الخبر.

الثالثة: يكره للرجل أن يتزوج بضرة أُمه مع غير أبيه؛ لأن زوجة الأب حرام، ويدل على ذلك ما رواه زرارة قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج ضرة كانت لأُمه مع غير أبيه»[3] وهذا شامل لما اذا كان تزوج ذلك الغير بأُمه قبل أبيه وبعده.

الرابعة: يكره التزويج بالزانية ما لم تتب ولا يحرم، للأصل، ولأن الزنا لا حرمة له، ولأنه لو منع ابتداء النكاح لمنع في الدوام، والتالي باطل؛ لما تقدم من أن الزوجة لا تحرم بالاصرار على الزنا.

بيان الملازمة: اشتراكهما في المقتضي، وهو خوف اختلاط الأنساب.

---

(١) الكافي ٥:٣٩٩ حديث ١، التهذيب ٧:١٤٥١ حديث ١٨٠٨، الاستبصار ٣:١٧٣ حديث ٦٣١.

(٢) التهذيب ٧:٤٥٢ حديث ١٨١٠ ـ ١٨١١، الاستبصار ٣:١٧٤ حديث ٦٣٣ ـ ٦٣٤.

(٣) التهذيب ٧:٤٥٣ حديث ١٨١٢، الاستبصار ٣:١٧٥ حديث ٦٣٥.

ويحـرم نكـاح الشغار، وهو جعل نكاح المرأة مهر أُخرى فتبطل الممهورة، ولو دار بطل.

وعدّ أبو الصلاح في المحرمات الزانية حتى تتوب، وأطلق حجته قوله تعالى: ﴿الزاني لا ينكح إلّا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلّا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين﴾[١] وأن الغرض الأصلي من النكاح التناسل، والزنا مفوت له، لأنه يقتضي الاختلاط[٢].

وجوابه: أنه لا صراحة فيها بتحريم تزويج الزانية؛ لاحتمال أن المشار إليه بقوله تعالى: ﴿وحرم ذلك على المؤمنين﴾ هو الزنا.

قوله:(ويحرم نكاح الشَغار، وهو جعل نكاح امرأة بمهر اخرى فتبطل الممهورة، ولو دار بطلا).

اجمع الأصحاب[٣] واكثر العلماء على أن نكاح الشغار باطل، وهو بالشين، والغين المعجمتين: نكاح كان في الجاهلية، وحقيقته تزويج امرأة برجل وجعل نكاح[٤] امرأة اخرى مهراً للاولى، سواء جعل تزويج الثانية مهراً للأُولى ـ وهو الذي فيه الدور ـ أو لا.

ومعناه أن يكون بضع المنكوحة ملكاً للرجل بالنكاح، وملكاً للمرأة الأُخرى؛ لكونه مهراً لها، فإن دار كان ذلك في الجانبين، وإلّا كان في أحدهما خاصة، فيبطل

---

(١) الكافي في الفقه: ٢٨٦.

(٢) النور: ٣.

(٣) انظر: الخلاف ٢٢٥:٢ مسألة ١٨ كتاب النكاح، شرائع الاسلام ٣٠١:٢، المختصر النافع: ١٨١.

(٤) في «ش»: بضع.

. . . .

نكاح المهورة دون الاخرى.

وأصل الشَغر الرفع، قال في القاموس شَغر الكلب كمنع :رفع احدى رجليه بال أو لم يبل، أو فبال. والرجل المرأة [شُغوراً]: رفع رجلها للنكاح كأشغَرَها فَشَغَرتْ والأرضُ لم يبق لها أحد يحميها ويَضْبُطُها فهي شاغرة.

والشِغار بالكسر: أن تُزَوجَ الرجل امرأةً على أن يُزَوجَكَ اخرى بغير مهر، صداقُ كل واحدة بضع الأُخرى، أو يُخصُّ بها القرائب[1]. هذا كلامه.

وذكر ابن ادريس في السرائر فيه الكسر والفتح واشتقاقه من الشغر وهو رفع الرِجل؛ لأن النكاح يفضي إلى ذلك وسمّي به هذا العقد، كما قيل في الزنا سفاح؛ لأن الزانيين يتسافحان الماء أي يسكبانه، والماء هو النطفة[2].

ومن هذا قول زياد لبنت معاوية زوجة ابنه وقد تطاولت عليه وافتخرت، فشكاها إلى أبيه زياد فدخل عليها وضربها بالدرة: اشغرا أو فخرا.

ولأن هذا النكاح يتضمن رفع المهر، أو هو من قبيل شغر البلد اذا خلا من القاضي والسلطان لخلوه من المهر.

والأصل في تحريمه ما روي من طرق العامة[3] والخاصة[4]، روى رافع عن ابن

---

(١) القاموس المحيط ٢:٦٠ «شغر».

(٢) السرائر: ٣٠١.

(٣) انظر: سنن أبي داود ٢:٢٢٧، سنن البيهقي ٧:٢٠٠.

(٤) انظر: الكافي ٥:٣٦١ باب نكاح الشغار، معاني الأخبار: ٢٧٤، التهذيب ٧:٣٥٥ حديث ١٤٤٥ و١٤٤٦.

ولو زوّج كل من الوليين صاحبه على مهر معلوم صح،

عمر أن النبي صلّى الله عليه وآله نهى عن الشغار، والشغار أن يقول: زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك على أن يكون بضع كل واحدة منهما مهراً للاخرى[١].

قال الشيخ في الخلاف: إن كان هذا التفسير من النبي صلّى الله عليه وآله وهو الظاهر، فإنه ادرجه في كلامه فهو نص، وإن كان من الراوي وجب المصير إليه؛ لأنه اعرف بما نقله واعلم بما سمعه من النبي صلّى الله عليه وآله[٢].

وفي حواشي شيخنا الشهيد: ان في الملاذ روايتين عن النبي صلّى الله عليه وآله احدهما: «لا شغار في الاسلام»[٣] وفي الاُخرى انه عليه السلام: نهى عن الشغار[٤]، وزعم أن في طريقها ضعفاً، قال: وظاهر بيننا العمل بهما.

وذهب أبو حنيفة وجماعة إلى صحة النكاح المذكور وبطلان المهر[٥]، والنص حجة عليه.

قوله: (ولو زوّج كل من الوليين صاحبه على مهر معلوم صح).

لوجود المقتضي وانتفاء المانع، لسلامته عن جعل البضع مهر المفضي إلى عدم

---

(١) صحيح البخاري ٧:١٥، سنن البيهقي ٧:١٩٩.

(٢) الخلاف ٢:٢٢٥ مسألة ١١٨ كتاب النكاح.

(٣) الكافي ٥:٣٦١ حديث ٢، معاني الأخبار: ٢٧٤ حديث ١، التهذيب ٧:٣٥٥ حديث ١٤٤٦، صحيح مسلم ٢:١٠٣٥ حديث ٦٠، سنن الترمذي ٣:٤٣١ حديث ١١٢٣، سنن البيهقي ٧:٢٠٠.

(٤) الكافي ٥:٣٦١ حديث ٣، التهذيب ٧:٣٥٥ حديث ١٤٤٦، صحيح مسلم ٢:١٠٣٥ حديث٦٢، سنن البيهقي ٧:٢٠٠.

(٥) المبسوط للسرخسي ٥:١٠٥، المغني لابن قدامة ٧:٥٦٨.

ولو شرط كل منهما تزويج الأُخرى بمهر معلوم صح العقدان وبطل المسمى؛ لأنه شرط معه تزويج وهو غير لازم.

والنكاح لايقبل الخيار فيثبت مهر المثل، وكذا لو زوّجه وشرط أن ينكحه ابنته ولم يذكر مهراً.

المهر.

قوله: (ولو شرط كلٌ منهما تزويج الأُخرى بمهر معلوم صح العقدان وبطل المسمّى؛ لأنه شرط معه تزويج وهو غير لازم، والنكاح لايقبل الخيار فيثبت مهر المثل. وكذا لو زوّجه وشرط أن ينكحه ابنته ولم يذكر مهراً).

البحث في هذا الباب عن مسائل:

الأول: أن ينكح كل من الوليين الآخر امرأة ويشترط عليه في العقد نكاح الاخرى، على أن يكون بضع كل منهما مهراً للأخرى أو احداهما، وقد سبق بطلان ذلك.

الثاني: الصورة بحالها لكن جعل البضع جزء المهر، وسيأتي إن شاء تعالى.

الثالث: أن يزوجه جاريته على أن يزوجه الآخر بنته، وتكون رقبة الجارية مهراً للبنت وسيأتي إن شاء تعالى أيضاً.

الرابع: أن يزوّج كلّاً منهما الآخر فإن لم يشترط واحد منهما تزويج الأُخرى فقد تقدم صحة ذلك، وإن اشترطا ذلك: فإما أن يذكرا معه مهراً أو لا. وعلى التقديرين فالنكاح صحيح والمهر حيث سمّي بطل.

. . . .

أما صحته فلانتفاء المقتضي للفساد، فإنه لا تشريك في البضع هنا، بحيث يكون ملكاً للزوج والمنكوحة المهورة به.

وأما بطلان المسمّى فقد علّله المصنف بأن المسمّى شرط معه تزويج، وإنما كان الشرط مع المسمّى؛ لأن الشرط من جملة المعوض في سائر المعاوضات، فمن أي الجانبين كان من جملة العوض الذي يصير إليه مثلا الشرط الواقع في البيع من البائع محسوب من الثمن، ومن المشتري محسوب من المبيع.

ولهذا نجد الثمن في بيع النسيئة أزيد منه في النقد، وكذا نجد البيع سلفاً الثمن فيه أزيد مما لو بيع نقداً. ولا ريب أن الشرط ـ وهو التزويج ـ غير لازم؛ لما عرفت فيما تقدّم ان العقد اللازم اذا اقترن به شرط صار جائزاً، فتكون فائدة الشرط التسلط على الفسخ.

ويمكن أن يقال: إنّ التزويج لما كان متعلقاً بما ليس للعاقد ـ وهو المرأة الاخرى ـ لم يكن لازماً، إذ لايلزم بالاضافة اليها شيء شرطه الولي يتعلق به، فوجب أن يتسلط الآخر على الفسخ؛ لفوات الشرط، والنكاح لايقبل الخيار بوضع الشرع اتفاقاً، فيكون الشرط المذكور فاسداً؛ لاقتضائه الخيار، فيجب أن يرد المسمّى ما نقص من المهر لأجل الشرط، وذلك القدر مجهول.

وإذا اضيف المجهول إلى معلوم صار الكل مجهولاً، فبطل الصداق؛ للجهالة، ووجب مهر المثل، فإن النكاح لايفسد بفساد الصداق.

ويمكن توجيه الفساد بأن يقال: إن الشرط لايعود إلى أحد المتعاوضين، وإنما يصح اذا كان عائداً إلى أحدهما، كما في سائر المعاوضات، فيفسد بفساده الصداق؛ لأنه محسوب من جملته. ويبطل المسمّى بفوات بعض مجهول منه، ويرجع إلى مهر

ولو قال: زوجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك، على أن يكون نكاح بنتي مهراً لبنتك، بطل نكاح بنت المخاطب.

ولو قال: على أن يكون نكاح بنتك مهراً لبنتي، بطل نكاح بنته.

المثل.

واعلم أنه ينبغي أن يُقرأ قوله: (لأنه شرط معه تزويج) بصيغة المجهول، والمعنى أن التزويج قد شرط معه تزويج آخر، والتزويج المشترط غير لازم، ولو قرىء على غير ذلك لفسد المعنى.

وينبغي التنبيه لشيء، وهو أن المسمّى إنما يبطل من الجانبين إذا كان الشرط المذكور من الجانبين، أما اذا كان من جانب واحد فإنما يبطل المسمّى من ذلك الجانب خاصة.

ولاشك أن اشتراط تزويج الأُولى في عقد الثانية بعد تزويجها لايكاد يعقل، إلّا أن يفرض وقوعه مع عدم العلم بوقوع العقد على الأُولى كأن يجري العقد مع الوكيل.

قوله: (ولو قال: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك على أن يكون نكاح بنتي مهراً لبنتك بطل نكاح بنت المخاطب، ولو قال: على أن يكون نكاح بنتك مهراً لبنتي بطل نكاح بنته).

وجهه معلوم مما سبق، فإن التي جعل بضع الأُخرى مهراً لها يبطل نكاحها دون الأُخرى. ويجب قراءة المخاطب بصيغة اسم المفعول، والضمير في قوله: (بنته) يعود إلى المتكلم.

ولايخفى أن نكاح بنت المخاطب إنما يبطل اذا جرى العقد عليها على وفق الشرط المذكور، واكتفى المصنف بذكر الشرط تنبيهاً على أن العقد يجري على ذلك.

ولا فرق بين أن يكون البضع مهراً أو جزأه فلو قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتـك، ويكون بضع كل واحدة مع عشرة دراهم صداقاً للأُخرى بطلا.

ولو قال: زوجتك جاريتي على أن تزوّجني بنتك، وتكون رقبة جاريتي صداقـاً لبنتك، صح النكاحان؛ لقبول الرقبة للنقل، وليس تشريكاً فيما تناوله عقد النكاح.

ويبطل المهر؛ لأنه شرط نكاح احداهما في الأُخرى، ويجب لكل

قوله: (ولا فرق بين أن يكون البضع مهراً أو جزء مهر، فلو قال: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك، ويكون بضع كل واحدة مع عشرة دراهم صداقاً للأُخرى بطلا).

هذه هي الصورة الثانية الموعود بها،أي: ولا فرق في بطلان النكاح لكونه نكاح الشغار، بين أن يكون البضع في كل من النكاحين أو أحدهما هو تمام المهر، وبين أن يكون جزأه بأن يضم اليه ضميمة اخرى كالعشرة الدراهم، فإنه اذا تضمّن كل من النكاحين ذلك بطلا، وان تضمن احدهما خاصة اختص بالبطلان.

ولايخفى أن النكاح الآخر إنما يبطل إذا جرى على وفق الشرط المذكور في العقد المذكور في كلام المصنف، واكتفى المصنف به اعتماداً على وقوع العقد الآخر موافقاً له.

فإن قيل: ليس هذا من نكاح الشغار في شيء؛ لوجود المهر فيه.

قلنا: لما وقع التشريك في البضع من حيث جعل جزء المهر تحقق معنى النكاح المذكور.

قوله: (ولو قال: زوجتك جاريتي على أن تزوجني بنتك، وتكون رقبة جاريتي صداقاً لبنتك صح النكاحان؛ لقبول الرقبة النقل، وليس تشريكاً فيما يتناوله عقد النكاح. ويبطل المهر ؛ لأنه شرط احداهما في الأُخرى،

منها مهر المثل.

ولو زوّج عبده من أمرأة وجعل رقبته صداقاً بطل المهر؛ لأن الملك يمنع العقد، فيبطل المهر ويثبت مهر المثل ويصح العقد.

ويجب لكل منها مهر المثل).

هذه الصورة الثالثة التي سبق ذكرها، وليست من الشغار في شيء، وقد نبّه المصنف على ذلك بقوله: (وليس تشريكا إلى آخره). وتحريرها: إنه اذا زوّج أحدهما الآخر جاريته على أن يزوّجه الآخر ابنته، وتكون رقبة الجارية صداقاً للبنت فإن كلا من النكاحين صحيح.

أما نكاح البنت؛ فلأن المجعول مهراً هو رقبة الجارية، وهي قابلة للنقل من مالك إلى آخر كسائر المملوكات، وليس ثمّ تشريك فيها يتناوله عقد النكاح، أعني البضع، وهو ظاهر، وذلك هو المقتضي للبطلان.

وأما الجارية؛ فلأن نكاحها اشتمل على شرط التزويج، ولا يلزم من بطلان الشرط بطلان النكاح، فيبطل الشرط المذكور، ويجب للجارية مهر المثل، سواء سمي لها مهراً أم لا.

وأما البنت فإنما يجب لها مهر المثل مع تسمية الجارية إذا حصل مبطل، فإن سمّي للجارية تسمية صحيحة فالمسمّي والنكاح صحيحان، فيجب تقييد قوله: (ويجب لكل منها مهر المثل). ومعنى قوله: (لأنه شرط احداهما في الأُخرى) أنه شرط تزويج احداهما في عقد الأُخرى، وهو ظاهر.

قوله: (ولو زوّج عبده من امرأة، وجعل رقبته صداقاً بطل المهر؛ لأن الملك يمنع العقد، فيبطل المهر ويثبت مهر المثل ويصح العقد).

ولو زوّج السيد عبده من امرأة حرة، وجعل رقبته صداقاً لها، فإن المهر يبطل؛ لأنه يتضمن ثبوت نفيه، فإنه لو صح الصداق لدخل العبد في ملكها، والملك يمنع العقد ويقتضي بطلانه، فيبطل الصداق ببطلانه، فلو صح الصداق لبطل، وكلما أدى

ولو شرطت على المحلّل رفع النكاح بعد التحلل فالأقرب بطلان العقد.

ثبوته إلى نفيه فهو باطل، وسيأتي في كلام المصنف في الصداق الفاسد بطلان النكاح من أصله.

ووجهه: إنّ الملك لو عرض في دوام النكاح لأبطله، فإذا قارن الابتداء منع الانعقاد؛ لأن الابتداء أضعف من الدوام، لأن النكاح قد اقترن به ما يضاده، فكان كاشتراط الطلاق، وفيه نظر؛ لأن المانع هو الملك ولم يحصل هنا؛ لأن الحاصل الاصداق، وربما كان غير مثمر للملك ؛ لجواز فساده.

والفرق بين هذا وبين اشتراط الطلاق قائم؛ لأنه لا ارتباط للنكاح بالصداق، فلا يلزم من بطلانه بطلانه.

ويصح النكاح ابتداءً بغير صداق ومع اشتراط عدمه، بخلاف الشرط الذي لم يقع الرضى بالعقد إلّا به ومتى فسد الصداق خاصة ثبت مهر المثل لا محالة، وسيأتي كلام بعد في ذلك إن شاء تعالى.

قوله: (ولو شرطت على المحلل رفع النكاح بعد التحليل فالأقرب بطلان العقد والمهر).

أي: لو شرطت المطلقة ثلاثاً على المحلل في العقد رفع النكاح بعد حصول التحليل بالوطء، أي يرتفع النكاح حينئذٍ بحيث لايحتاج إلى طلاق ففي الصحة قولان.

ولاريب في بطلان هذا الشرط؛ لأن مقتضى النكاح بقاء العلاقة إلى أن يحصل ما يزيله من طلاق ونحوه مما عيّنه الشارع، فإذا شرط ارتفاعه بنفسه في وقت معيّن فقد شرط ما ينافي مقتضاه، ويخالف الحكم الثابت شرعاً وانما الكلام في بطلان النكاح؛ لاقترانه بهذا الشرط، وفيه قولان:

اقربها عند المصنف البطلان؛ لأن التراضي بالنكاح إنما وقع على هذا الوجه

ولو شرطت الطلاق، قيل: صح العقد دون الشرط، فلو دخل فلها مهر المثل، ولو لم يصرحا به وكان في نيتهما صح العقد والمهر،

المخصوص، ولما كان الشرط فاسداًانتفى الوجه الذي حصل التراضي به، فلو لم يبطل النكاح لصح من دون التراضي، وهو باطل.

والثاني ـ ينسب إلى الشيخ[1] رحمه الله ـ صحة العقد دون الشرط؛ لأنهما شيئآن كل منهما غير الآخر، فإذا بطل الشرط لم يبطل العقد تمسكاً بالأصل، إذ لا دليل على البطلان، والعقد غير معلّق على هذا الشرط فلا يفوت بفواته، وكان وجوده كعدمه. واختار في المبسوط الأول[2]، وادعى عليه الإجماع ومن نقل الثاني قولاً لأبي القاسم ابن سعيد[3].

قوله: (ولو شرطت الطلاق قيل: صح العقد دون الشرط، ولو دخل فلها مهر المثل).

أي: ولو شرطت الطلاق بعد التحليل، والقائل بصحة العقد دون الشرط الشيخ في المبسوط[4]، ووجهه معلوم مما سبق، والبطلان اقوى في الموضعين.

وعلى الأول يلزم من فساد الشرط فساد المهر؛ لأنه محسوب منه على ما بيناه فيصير مجهولاً فيجب بالدخول مهر المثل، وعلى ما اخترناه فلو وطأ بهذا العقد كان شبهة يوجب مهر المثل ايضاً.

قوله: (ولو لم يصرحا به وكان في نيتهما صح العقد والمهر).

أي: لو لم يصرح المحلل والزوجة بالشرط المذكور، وهو الطلاق او رفع النكاح بعد التحليل، لكن كان ذلك في نيتهما وقصدهما فالعقد والمهر صحيح؛ لانتفاء

---

(١) نقله عنه ولد العلاّمة في الايضاح ٣: ١٢٣.

(٢) المبسوط ٤: ٢٤٧.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٣٠١.

(٤) المبسوط ٤: ٢٤٧.

وتحل على المطلق في كل موضع يصح العقد مع الدخول، ولا تحل مع بطلانه.
تتمـة: الوطء في الدبر مكروه وليس محرماً،

المفسد، إذ مجرد قصد المفسد لايؤثر اجماعاً.

قولـه: (ويحل على المطلق في كل موضع يصح العقد مع الدخول، ولايحل مع بطلانه).

لما كان التحليل بالوطء إنما يحصل اذا كان عن نكاح لم يتحقق إلّا حيث يكون عقد النكاح صحيحاً فإذا شرطت أحد الشرطين المذكورين أو غيرهما، فكل موضع يكون العقد صحيحاً ولا يخل الشرط بصحته يحصل التحليل بالدخول على الوجه المعتبر، وتحل المطلقة على المطلق، وكل موضع يحكم بفساد العقد فالدخول لايفيد الحل، ويبقى التحريم كما كان، فعند القائل ببطلان الشرط خاصة في الصورتين المذكورتين يحصل التحليل بالدخول دون غيره.

قوله: (تتمة : الوطء في الدبر مكروه وليس محرماً).

اختلف العلماء في وطء المرأة في الدبر، فقال اكثر الأصحاب كالشيخين[١]، والمرتضى: بأنه مكروه[٢]، وهو مذهب مالك من العامة[٣].

وقال القميون[٤]، وابن حمزة : إنه حرام[٥]، وهو اختيار اكثر العامة[٦].

والأصح الأول.

لنا مع الأصل قوله تعالى:﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾[٧]،

---

(١) المبسوط ٤:٢٤٣.

(٢) الانتصار: ١٢٥.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ١:١٧٤، أحكام القرآن للقرطبي ٣:٩٣، التفسير الكبير ٦:٧٥.

(٤) انظر: الفقيه ٣:٢٩٩ حديث ١٤٣٠، التنقيح الرائع ٣:٢٣.

(٥) الوسيلة: ٣٦٩.

(٦) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ١:١٧٤، أحكام القرآن للجصاص ١:٣٥١.

(٧) البقرة: ٢٢٣.

. . . .

وجه الاستدلال به:إن كلمة (أنى) للتعميم في المكان بمعنى أين، وهي تستدعي تعدد الأمكنة، يقال: اجلس أنى شئت وأين شئت أي: في أي مكان شئت، وحيث كان كذلك كانت الآية دليلاً على جواز الاتيان في الدبر، إذ لا يتحقق تعدد المكان إلاّ بذلك.

ويؤيد هذا ما روى العامة عن ابن عباس أن سبب نزول الآية ان عمر جاء إلى النبي صلّى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله هلكت، وحكى وقوع هذا الفعل منه فأنزل الله تعالى هذه الآية[1].

قيل: إنّ المراد بالآية التخيير بين اتيان المرأة في قبلها من قبلها وبين اتيانها من دبرها في قبلها. ويؤيده ما روي في سبب النزول من أن اليهود قالوا: من أتى امرأة من دبرها في قبلها كان ولدها احول، فذكر ذلك لرسول الله صلّى الله عليه وآله فقال: «كذبت اليهود»[2] فنزلت. وكذا يؤيده قوله تعالى: ﴿نساؤكم حرث لكم﴾[3] أي مزرع ومنبت الولد، شبّههن بالأرض من حيث أن النطفة التي تلقى في ارحامهن للنسل كالبذر، فيكون المعنى لقوله تعالى: ﴿فأتوا حرثكم انى شئتم﴾: فأتوهن كما تأتون أراضيكم التي تريدون أن تحرثوها من أي جهة شئتم، لايحظر عليكم جهة دون جهة، أي: جامعوهن من أي شق أردتم بعد أن يكون المأتي واحداً وهو موضع الحرث.

وكذا قوله تعالى: ﴿فأتوهن من حيث أمركم الله﴾ فإن المراد به القبل، فإن الدبر لايؤمر به اجماعاً.

قلنا: قد بينا أن المراد بالآية التخيير بين الأمكنة، وذلك يقتضي تعددها، والاتيان من القبل والدبر في القبل انما فيه اختلاف طريق المكان والمكان واحد،

---

(١) التفسير الكبير ٦:٧٥.

(٢) سنن البيهقي ٧:١٩٤ مع اختلاف يسير.

(٣) البقرة: ٢٢٣.

. . . .

واللائق به كلمة كيف لا كلمة أنى.

وما ذكر في سبب النزول معارض بما تقدّم، ولو سُلّم فلا منافاة فيه؛ لتعدد المكان، فإن التخيير في المكان ينبّه على التخيير في الجهة بطريق أولى.

وتشبيه النساء بالحرث لايقتضي حصر الاتيان في القبل، مع وجود اللفظ الدال على تعميم المكـان، فإن اتيان الحرث الحقيقي لا ينحصر في الاتيان للزرع، وقوله تعالى: ﴿فاتوهن من حيث أمركم الله﴾ نقول بموجبه، فإن الاتيان في القبل اذا كان واجباً لاينافي جواز الاتيان في الدبر، إذ ليس في الآية ما يدل على الحصر.

وكأنه لما منع سبحانه من الاتيان في موضع الحيض، رفع ذلك المنع بعد الطهر بقـولـه تعالى: ﴿فإذا تطهّرن فاتوهن من حيث أمركم الله﴾[1] ثم عمّم الاتيان في الأمكنة تحرزاً من توهم منع ما سوى القبل.

ويزيد ذلك قوة ما روي أن مالكاً قال: ما ادركت أحداً اقتدي به في ديني يشك في أن وطء المرأة في دبرها حلال، ثم قرأ هذه الأية[2].

وقد روى الأصحاب في الجواز عدّة أخبار منها صحيحة عبد الله بن أبي يعفور، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي المرأة في دبرها، قال: «لابأس به»[3].

ومنها ما رواه ابن أبي يعفور أيضاً، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي المرأة في دبرها، قال: «لابأس اذا رضيت» قلت: فأين قول الله تعالى: ﴿فأتوهن من حيث أمركم الله﴾؟ قال: «هذا في طلب الولد، فاطلبوا الولد من حيث

---

(١) البقرة: ٢٢٢.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١: ٣٥١.

(٣) التهذيب ٧: ٤١٥، حديث ١٦٦٢، الاستبصار ٣: ٢٤٣ حديث ٨٧١.

. . . .

أمركم الله إن الله تعالى يقول: ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنّى شئتم﴾[١].

ومنها رواية صفوان عن الرضا عليه السلام إنه سأله: الرجل يأتي المرأة في دبرها، قال: «نعم له ذلك» قال: قلت: وأنت تفعل ذلك؟ فقال: «إنّا لانفعل ذلك»[٢].

ومنها ما رواه موسى بن عبد الملك، عن رجل قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن اتيان الرجل المرأة من خلفها قا ل: «احلها من كتاب الله تعالى قول لوط: ﴿هؤلاء بناتي هنّ اطهر لكم﴾[٣]، وقد علم أنهم لا يريدون الفرج»[٤]، وفي دلالة هذه بحث، وهو أن ذلك في غير شرعنا، وغير ذلك من الاخبار الكثيرة[٥].

احتج المانع بما رواه سدير، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: محاش النساء على امتي حرام»[٦]، والمراد بالمحاش الأدبار.

وقريب من هذا ما رواه هاشم وابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام[٧].

وفي رواية معمّر بن خلاد، عن أبي الحسن عليه السلام تفسير الآية السابقة، وهي قوله سبحانه: ﴿فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ بأن المراد بها الاتيان من خلف أو قدام لاالاتيان في الادبار[٨].

والجواب عن الخبرين الأولين أنها ضعيفان. قال الشيخ في التهذيب:إنهما

---

(١) التهذيب ٧:٤١٤ حديث ١٦٥٧، الاستبصار ٣:٢٤٣ حديث ٨٦٧.

(٢) الكافي ٥:٥٤٠ حديث ٢، التهذيب ٧:٤١٥ حديث ١٦٦٣، الاستبصار ٣:٢٤٣ حديث ٨٧٢.

(٣) هود: ٧٨.

(٤) التهذيب ٧:٤١٥ حديث ١٦٥٩، الاستبصار ٣:٢٤٣ حديث ٨٦٩.

(٥) انظر: التهذيب ٧:٤١٦، الاستبصار ٣:٢٤٤.

(٦) الفقيه ٣:٢٩٩ حديث ٤٣٠، التهذيب ٧:٤١٦ حديث ١٦٦٤، الاستبصار ٣:٢٤٤ حديث ٨٧٤.

(٧) التهذيب ٧:٤١٦ حديث ١٦٦٥، الاستبصار ٣:٢٤٤ حديث ٨٧٥.

(٨) التهذيب ٧:٤١٥ حديث ١٦٦٠، الاستبصار ٣:٢٤٥ حديث ٨٧٧.

وهو كالقبل في جميع الأحكام، حتى ثبوت النسب، وتقرير المسمّى، والحد، ومهر المثل مع فساد العقد، والعدة وتحريم المصاهرة إلاّ في التحليل والاحصان، واستنطاقها في النكاح.

شاذان، منقطعا الاسناد، مرسلان، فلا يعارضان الأخبار المسندة[1]. ومع ذلك فيمكن حملها على الكراهية الشديدة، فإن هذاالفعل وإن لم يكن حراماً، فإنه مكروه، كما دل عليه قوله عليه السلام في رواية صفوان: «إنا لانفعل ذلك»[2].

وفي رواية: «انهى عنه اهلي وخواص اصحابي»[3]. ويمكن حملها على التقية؛ لأن اكثر العامة يمنع من ذلك.

وأما الخبرالثالث فليس فيه إلاّ تفسير الآية وسبب نزولها، وليس فيه تصريح بالمنع. وقد تقدم في الاخبار السابقة تفسيرها بخلاف ذلك، فلعله خرج مخرج التقية. ولو سُلّم ارادة ظاهره لم يكن في الآية دليل على المنع، فتبقى الأخبار الدالة على الجواز بغير معارض.

ولاريب أنه يجوز التلذذ بها بين الاليتين، والايلاج في القبل من جانب الدبر، ونحو ذلك من الاستمتاعات.

قوله: (وهو كالقبل في جميع الأحكام، حتى في ثبوت النسب، وتقرير المسمّى، والحد، ومهر المثل مع فساد العقد، والعدة، وتحريم المصاهرة إلاّ في التحليل والاحصان واستنطاقها في النكاح).

الوطء في القبل وهو تغيب الحشفة تتعلق به أحكام كثيرة من نقض الطهارة، وتحريم الاُمور المشروطة بها وبطلانها لو وقعت كذلك، وايجاب الغسل، وبطلان الصوم ووجوب الكفارة، وغير ذلك مما هو كثير جداً، وهو مذكور في ابواب الفقه، وتغيب قدر الحشفة من مقطوعها في القبل كتغيبها.

---

(١) التهذيب ٧: ٤١٦ ذيل الحديث ١٦٦٥.

(٢) الكافي ٥: ٥٤٠ حديث ٢، التهذيب ٧: ٤١٥ حديث ١٦٦٣، الاستبصار ٣: ٢٤٣ حديث ٨٧٢.

(٣) التنقيح الرائع ٣: ٢٤.

. . . .

والوطء في الدبر كالوطء في القبل في ذلك كله حتى في ثبوت النسب، فإذا ولـدت زوجـة الموطوءة في الدبر على فراشه ولداً لايمتنع لحاقه به أُلحق به تغليباً للفراش، فإنه قد يسبق الماء إلى الرحم من غير شعور به وكذا القول في تقرير المهر المسمّى في العقد الدائم، حتى لو طلّقت الزوجة بعد الوطء في الدبر لم ينتصف المهر وكذا القول في ثبوت الحد من جلد أو رجم، وكذا القول في ثبوت مهر المثل لو كان العقد فاسداً وقد وطأ في الدبر وهي جاهلة.

واستثني من ذلك أشياء: التحليل، فإنه يحصل بالوطء في القبل، ولا يحصل بالوطء في الدبر بالنص والاجماع.

وكـذا القول في الاحصان، فإن من لايقدر إلّا على الوطء في الدبر لايعد محصنـاً، فلا يحد حد المحصن. وكذا الخروج من الايلاء فإن فئة المولى إنما يتحقق بالوطء في القبل. وكذا ابطال حصانة الرجل بالنسبة الى القذف، فلو اشتهر بالزنا في الدبر كان كما لو اشتهر بالزنا في القبل في ذلك، فلو قذفه قاذف لم يجب الحد بل يجب التعزير.

وهل يستثنى استنطاق البكر الموطوءة في الدبر،على معنى أن وطأها في الدبر لا يكون كوطئها في القبل في وجوب نطقها لواستؤمرت في النكاح؟ فيه قولان:

أحـدهما: ـ واختاره المصنف هنا ـ الاستثناء،فلا يعتبر نطقها مع الوطء في الدبر، بل يكفي سكوتها تمسكاً باطلاق النصوص؛ لصدق كونها بكراً.

والثاني: اعتبار نطقها؛ لأن هذا الحكم يثبت على خلاف الأصل، فإن السكوت أعم من الرضى، وإنماكتفى به في المرأة التي لم توطأ لأنها تستحي فلم تكلف النطق، فأمـا اذا مارست الرجال فإن ذلك الحياء المانع من النطق يزول، فتكلف بالنطق اقتصاراً على موضع الوفاق، وهذا قوي،وقد نبهنا عليه فيما سبق، وذكرنا مختار المصنف في التذكرة[١].

---

(١) التذكرة ٢:٥٧٧.

والعزل عن الحرة اذا لم يشترط في العقد مكروه، وقيل: حرام. وعلى كلا التقديرين يجب عليه للزوجة دية ضياع النطفة عشرة دنانير.

ولو قطعت الحشفة ولم يبق من الذكر ما يساويها فغيّبه فإنه يثبت به تحريم أم المفعول واخته وبنته إن كان ذكراً،وحد اللواط على احتمال دون باقي الاحكام.

قوله: (والعزل عن الحرة إذا لم يشترط في العقد مكروه، وقيل: حرام، وعلى كلا التقديرين يجب عليه للزوجة دية ضياع النطفة عشرة دنانير).

هنا مسألتان:الأُولى: اختلف الاصحاب في العزل، والمراد به أن يجامع، فإذا جاء وقت الانزال نزع فانزل خارج الفرج. وذهب الشيخ في النهاية[1]، وابن البراج[2]، وابن ادريس[3]، والمصنف واكثر المتأخرين إلى أنه مكروه[4].

وهو الأصح؛ تمسكاً بأصالة الاباحة، ولما رواه محمد بن مسلم، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن العزل، قال: «ذلك إلى الرجل يصرفه حيث شاء»[5].

وبما رواه أيضاً محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام، إنه سئل عن العزل فقال: «أما الأمة فلا بأس، وأما الحرة فإني أكره ذلك، إلّا أن يشترط عليها حين تزوجها»[6]، ولأن حقها في الوطء دون الانزال، ولهذا ينقطع المطالبة به في الغيبة وإن لم ينزل.

وذهب الشيخ في الخلاف[7] والمبسوط[8] إلى التحريم، وهو اختيار المفيد[9]،

---

(١) النهاية: ٤٨٢.

(٢) المهذب ٢:٢٤٣.

(٣) السرائر: ٣٠٨.

(٤) انظر: شرائع الاسلام ٢:٢٧٠، ايضاح الفوائد ٣:١٢٥.

(٥) الكافي ٥:٥٠٤ حديث ١، الفقيه ٣:٢٧٣ حديث ١٢٩٥، التهذيب ٧:٤١٧ حديث ١٦٦٩.

(٦) التهذيب ٧:٤١٧ حديث ١٦٧١.

(٧) الخلاف ٢:٢٢٩ مسألة ١٤٣ كتاب النكاح.

(٨) المبسوط ٤:٢٦٧.

(٩) المقنعة: ٧٦.

. . . .

واختاره ابن حمزة [١]. واحتجوا بما روي عن النبي صلّى الله عليه وآله إنه قال في العزل: «إنه الوأد الخفي» [٢] والمراد بالوأد: قتل الولد، ولأن حكمة النكاح الاستيلاد، ولايحصل غالباً مع العزل، فيكون منافياً لغرض الشارع.

والجواب عن الرواية بمنع السند، مع أنه لا دلالة فيها على التحريم، وقد روي غيرها مما ينافي التحريم، والوجه الآخر ضعيف، إذ لايلزم من كون الاستيلاد حكمة النكاح تحريم العزل، ومنافاته للغرض غير ظاهر فإن أصل النكاح لايجب بمجرد الاستيلاد. إذا عرفت ذلك فاعلم أنه على القول بالتحريم، إنما يحرم في الحرة المنكوحة بالعقد الدائم.

وزاد الشارح الفاضل فيه قيداً آخراً، وهو ما اذا كان الجماع في الفرج [٣]، روى ابن بابويه في الفقيه باسناده عن يعقوب الجعفي، قال: سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول: «لابأس بالعزل في ستة وجوه: المرأة اذا ايقنت أنها لاتلد، والمسنة، والمرأة السليطة، والبذية، والمرأة التي لا ترضع ولدها، والأمة» [٤]. وفي هذا تنبيه على أن المنع من العزل لرجاء حصول الولد، ومنه يفهم انتفاء المنع لو كان الجماع في غير الفرج، واطلاق الأمة يتناول المنكوحة بالعقد وملك اليمين.

فروع:

أ: هل هذا المنع لحق المرأة،أو لحكمة الاستيلاد؟ يلوح من رواية محمد بن مسلم [٥] الثانية الأول؛ لأنه نفى الكراهية اذا شرط عليها ذلك عند التزويج، ويلوح من قول

---

(١) الوسيلة: ٣٧٠.

(٢) سنن البيهقي ٧: ٢٣١.

(٣) ايضاح الفوائد ٣: ١٢٥.

(٤) الفقيه ٣: ٢٨١ حديث ٣٤٠.

(٥) التهذيب ٧: ٤١٧ حديث ١٦٧١.

. . . .

النبي صلّى الله عليه وآله: «العزل هو الوأد الخفي» . الثاني.والأول اقوى،وبهصرح جمع من الأصحاب[١].

ب: لو أذنت المرأة في العزل ولم يشترط في العقد، فقد صرح جماعة بزوال المنع والكراهية، والتعليل بحكمة الاستيلاد وأنه وأد خفي يقتضي البقاء، وقد صرح بعض الشافعية ببقاء المنع وإن اذنت.

ج: ظاهر الرواية أنه لا كراهية مع اشتراط العزل في العقد، وهو واضح إن كان لمحض حقها، وخبر الوأد يشعر بخلافه، فيمكن أن يكون النفي للكراهية الشديدة، وكلام الأصحاب في نفي الكراهية بالاشتراط والاذن مطلق.

د: قال بعض الشافعية: إنما نقول بالتحريم اذا نزع على قصد أن يقع الانزال خارجاً تحرزاً عن الولد، فأما إذا عزله لا على هذا القصد فيجب القطع بعدم التحريم[٢].

هـ:رخّص بعض القائلين بتحريم العزل فيه إذا كان في دار الحرب، ودعته حاجة الى الوطء[٣].

و: لو عزل زوجته أو أمته ثم أتت بولد لحقه نسبه اجماعاً، وفي الأخبار ما يدل على ذلك، وقديسبقه المني من غير أن يعلم[٤].

الثانية: لو عزل بدون الاذن والشرط فقد صرح الشيخ في المبسوط بوجوب الدية عليه للزوجة وهي عشرة دنانير عشر دية الجنين،مع أنه ذهب في هذاالكتاب الى

---

(١) ذهب اليه الشيخ في النهاية: ٤٨٢، والمحقق في الشرائع ٢:٢٧٠، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣:٢٤.

(٢) ذهب إليه امام الحرمين كما في فتح الباري ٩:٢٥٤.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٨:١٣٤.

(٤) الكافي ٥:٤٩١ حديث ٢، التهذيب ٧:١٦٨ حديث ٥٨٧، الاستبصار ٣:٣٦٨ حديث ١٣١٥.

ويحرم على الرجل ترك وطء زوجته أكثر من أربعة اشهر،

أن العزل بدون اذنها مكروه[١]، وهذا مختار المصنف في هذا الكتاب والتحرير[٢]، وبه صرح ابن البراج[٣]، وبعض المتأخرين، والقائل بتحريم العزل بدون الاذن لا اشكال عنده في وجوب الدية.

والأصل في ذلك ما رواه الشيخ في الصحيح عن يونس، عن أبي الحسن عليه السلام: «أن علياً عليه السلام قضى في الرجل يفزع عن عرسه فيعزل عنها الماء ولم يرد ذلك، نصف خمس المائة عشرة دنانير»[٤].

قال في المختلف: ولاامتناع في كراهة ذلك وايجاب الدية للزوجة، ثم قال: والوجه الحمل على الاستحباب[٥].

قلت: مورد الرواية غير المتنازع، فإن موردها ما اذا أفزع الرجل، ولا امتناع في ايجاب ذلك على الأجنبي دون الزوج.

وقد ورد في حديث محمد بن مسلم: «ان ذلك إلى الرجل يصرفه حيث شاء»[٦] والأصح الاستحباب.

قوله: (ويحرم على الرجل ترك وطء زوجته اكثر من اربعة ا شهر).

يدل على ذلك ما رواه صفوان بن يحيى، أنه سأل الرضا عليه السلام عن رجل يكون عنده المرأة الشابة فيمسك عنها الأشهر والسنة لا يقربها ليس يريد الاضرار

---

(١) المبسوط ٤:٢٦٧.

(٢) التحرير ٢:٤.

(٣) المهذب ٢:٥١٠.

(٤) التهذيب ١٠:٢٨٥ حديث ١١٠٧.

(٥) المختلف: ٨١٥.

(٦) الكافي ٥:٥٠٤ حديث ١، الفقيه ٣:٢٧٣ حديث ١٢٩٥، التهذيب ٧:٤١٧ حديث ١٦٦٩.

والدخول بها قبل تسع سنين، فإن دخل فأفضاها حرمت أبداً، وإلاّ فلا.

بها يكون لهم مصيبة، ايكون في ذلك اثماً؟ قال: «اذا تركها اربعة اشهر كان اثماً بعد ذلك، إلاّ أن يكون باذنها»[1].

وقد نُقل أن عمر سأل نساء أهل المدينة لما اخرج ازواجهن الى الجهاد وسمع امرأة تنشد ابياتاًمن جملتها:

فوالله لولا الله لا شيء غيره لزلزل من هذا السرير جوانبه

عن اكثر ما تصبر المرأة عن الجماع فقيل: اربعة اشهر، فجعل المدة المضروبة للغيبة اربعة اشهر[2].

قوله: (والدخول بها قبل تسع سنين، فإن دخل بها فافضاها حرمت ابداً، والاّ فلا).

يدل على ذلك ما روي عن الباقر عليه السلام قال: «لا يدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين أو عشر سنين»[3].

وعن الصادق عليه السلام قال لمولى له: «انطلق فقل للقاضي: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: حد المرأة أن يدخل بها على زوجها بنت تسع سنين»[4].

فإن دخل بها قبل ذلك فعل حراماً، فإن افضاها حرمت عليه مؤبداً، وإلاّ فلاعلى الأصح، وقد سبق الكلام على ذلك وبيان دليله قبل المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد.

---

(١) الفقيه ٣:٢٥٦ حديث ١٢١٤، التهذيب ٧:٤١٢ حديث ١٦٤٧.

(٢) انظر: كنز العمال ١٦:٥٧٣ حديث ٤٥٩١٧، المغني لابن قدامة ٨:١٤٤.

(٣) الكافي ٥:٣٩٨ حديث ١، الفقيه ٣:٢٦١ حديث ١٢٤٠، التهذيب ٧:٤٥١ حديث ١٨٠٥.

(٤) الكافي ٥:٣٩٩ حديث ٤، التهذيب ٧:٣٩١ حديث ١٥٦٧.

ويكره للمسافر ان يطرق أهله ليلاً.

قوله: (ويكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً).

أي: أن يأتيهم ليلاً، روى الشيخ باسناده عن عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام انه قال: «يكره للرجل اذا قدم من سفره أن يطرق أهله ليلاً حتى يصبح»[1].



---

(١) التهذيب ٧: ٤١٢ حديث ١٦٤٥.

فهرس الموضوعات

كتاب النكاح

العاقد

الأولياء:

مسقطات الولاية:

المولى عليه:

الكفاءة:

الأحكام:

خاتمة:

المصاهرة:

أحكام الانتقال من دين إلى دين :

فروع:

الزيادة على العدد الشرعي:

كيفية الاختيار:

النفقة: